

# *Jus Politicum*

Revue de droit politique

## *Constitutionnalisme global*



INSTITUT  
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit



### **Directeurs**

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

### **Directeur de la publication**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

### **Fondateurs**

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

### **Conseil de rédaction**

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

### **Conseil scientifique**

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

### **Secrétaire de rédaction**

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

### **Assistant d'édition**

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



# *Jus Politicum* – Revue de droit politique

n° 19 (janvier 2018)

<b>Le constitutionnalisme global</b> .....	<b>3</b>
<i>Avant-propos</i> .....	5
Manon Altwegg-Boussac : <i>Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ?</i> .....	7
Sabino Cassese : <i>Existe-t-il une « constitution globale » ?</i> .....	19
Thomas Hochmann : <i>Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique</i> .....	25
Pierre Auriel : <i>La démocratie au-delà de l'État. La nécessité d'une constitution internationale et européenne dans l'œuvre de Jürgen Habermas</i> .....	41
Anne Peters : <i>Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ?</i> .....	59
Gunther Teubner : <i>Constitutionnalisme sociétal : Neuf variations sur un thème de David Sciulli</i> .....	71
Olivier de Frouville : <i>Une théorie non constitutionnaliste de la Constitution internationale</i> .....	95
Marie-Claire Ponthoreau : <i>« Global Constitutionalism », un discours doctrinal homogénéisant L'apport du comparatisme critique</i> .....	105
Mikhail Xifaras : <i>Conclusions</i> .....	135
<b>Archives : Charles Eisenmann : chroniques sur le III<sup>e</sup> Reich</b> .....	<b>147</b>
Olivier Beaud : <i>Présentation des écrits de Charles Eisenmann</i> .....	149
Charles Eisenmann : <i>Chronique de politique intérieure, 20 juin 1934 L'organisation constitutionnelle du III<sup>e</sup> Reich : de Weimar à Postdam</i> .....	151
Charles Eisenmann : <i>Chronique de politique intérieure, 20 novembre 1935 Le gouvernement de l'Allemagne nationale-socialiste</i> .....	161
<b>Varia</b> .....	<b>177</b>
Julien Barroche : <i>La citoyenneté européenne victime de ses propres contradictions : de la nationalité étatique à la rationalité économique</i> .....	179
Thibault Carrère : <i>Le droit constitutionnel au secours de la politique ? À propos d'un ouvrage de Jeremy Waldron</i> .....	229
<b>Notes de lecture</b> .....	<b>245</b>
Samy Benzina : <i>Sylvie Salles, Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Paris, LGDJ, 2016</i> .....	247

Thibault Carrère : <i>Jack M. Balkin, Le constitutionnalisme américain. Au-delà de la Constitution des origines et de la constitution vivante, Paris, Dalloz, 2016</i> .....	261
Elina Lemaire : <i>Carlos-Miguel Pimentel, La crise du 16 mai 1877. Édition critique des principaux débats constitutionnels, Paris, Dalloz, 2017</i> .....	271
<i>Pierre-Henri Prétot : Guillaume Richard, Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République, Paris, Dalloz, 2015</i> .....	281
<b>Mémoires</b> .....	<b>287</b>
Louis Terracol : <i>La doctrine constitutionnelle du régime de Vichy</i> .....	289
Laure Weymuller : <i>Le Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité</i> .....	397

# Le constitutionnalisme global





## Avant-propos

Les textes ici rassemblés sont issus d'un colloque international intitulé « Le constitutionnalisme global » organisé par Denis Baranger (Université Paris II Panthéon-Assas) et Manon Altwegg-Boussac (Université du Littoral Côte d'Opale) dans le cadre de l'Institut Michel Villey. Il a eu lieu les 29 et 30 mai 2017 à l'Université Panthéon-Assas. La publication des actes de ce colloque se poursuivra dans le prochain numéro de notre revue.

Les organisateurs de ce colloque ont souhaité porter un regard critique sur ces discours relatifs au « constitutionnalisme global » tout en contribuant à leur meilleure connaissance. En associant l'histoire des idées, la théorie du droit et les diverses disciplines du droit constitutionnel, du droit international et européen, ce colloque et les discussions qu'il a suscité, ont permis de nourrir la réflexion autour des présupposés et enjeux de ces discours.

La publication de ces actes doit beaucoup au travail remarquable d'Élodie Djordjevic et de Martin Hullebroeck. Les organisateurs du colloque tiennent à les remercier.



LE CONSTITUTIONNALISME GLOBAL, QUELS ESPACES POUR LA DISCUSSION ?

Quiconque se plonge dans le constitutionnalisme global risque d'en revenir quelque peu décontenancé. Les termes de « constitution » et de « constitutionnalisme » sont mobilisés à l'appui d'une gamme complexe de concepts, de discours, de « théories » du constitutionnalisme global. Et l'on se surprend parfois à perdre certains repères. Il faut dire que les auteurs ne se situent pas toujours sur le même terrain de discussion, soit parce que les niveaux de discours ne sont pas les mêmes, soit parce que les disciplines impriment leurs propres terminologies, concepts et habitudes. À cette « myopie conceptuelle<sup>1</sup> », s'ajoute une tension palpable qui imprègne un champ lexical parfois inquiétant. Par exemple, le fait de présenter une alternative triviale entre sombrer dans l'utopie, pour les kantien et néokantien, et basculer dans un discours apologétique, pour les réalistes qui ne verraient que désordre et rapports de forces<sup>2</sup>. Les uns et les autres s'attribuent réciproquement des « angoisses<sup>3</sup> » : elles s'exprimeraient à la fois dans la « nostalgie des nations » – on craindrait l'abandon des notions de peuple et de l'État<sup>4</sup> – et également dans un « triomphalisme idéaliste<sup>5</sup> » – on se tournerait vers l'horizon rassurant du constitutionnalisme pour couvrir une réalité opaque<sup>6</sup>. En outre, une forme

---

<sup>1</sup> N. WALKER, « Beyond the Holistic Constitution? », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 291-292.

<sup>2</sup> M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; M. KOSKENNIEMI, « Constitutionalism as a Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2007, p. 9-13.

<sup>3</sup> Le vocabulaire de l'angoisse est fréquemment utilisé, quelle que soit la position considérée. Voir S. BENHABIB, « The New Sovereignism and Transnational Law: Legal Utopianism, Democratic Scepticism and Statist Realism », *Global Constitutionalism*, vol. 5, 2016, p. 109 (« angoisse souverainiste »). En un autre sens, voir G. TUSSEAU, « Un chaos constitutionnel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 179, 224.

<sup>4</sup> Selon Matthias Kumm, une incompréhension « étatico-centrée » cache des choix politiques (M. KUMM, « The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, *op. cit.*, p. 205 *sqq.*). Voir aussi sur cette question N. WALKER, « Beyond the Holistic Constitution ? », *op. cit.*, p. 292.

<sup>5</sup> M. KUMM, « The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia », *op. cit.*, p. 201-219.

<sup>6</sup> Jean-Marc Sorel évoque l'effet « rassurant » du mot « constitutionnalisation » qui « semble ressortir de la catégorie des concepts dont se saisit périodiquement le droit international comme justification de sa juridicité toujours mis en doute. Le mot rassure et juridicise un domaine qui doute toujours de lui-même » (J.-M. SOREL, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », in S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 232).

d'incompréhension se dessine parfois entre ceux qui déplorent une simplification à l'extrême des arguments du constitutionnalisme global<sup>7</sup> et ceux qui rejettent de vaines entreprises d'importation conceptuelle. Pour couronner le tout, le projet d'une société mondiale semble pris au piège du relativisme : géographiquement situé à l'Ouest, il serait teinté de penchants post-coloniaux. En somme, cette immersion dans le « global » est à première vue peu engageante, et *de ce voyage obscur souvent on revient pâle !* Non seulement la notion de constitution semble se perdre dans les méandres du discours (tout comme, ailleurs, celle de démocratie...), mais on s'aperçoit parfois qu'il faut se positionner : être « pour » ou être « contre<sup>8</sup> » le « constitutionnalisme global ». Et la tentation est forte de refermer ces portes, de retrouver ses classiques et son confort disciplinaire. Pour dépassionner ces questions et ne pas faire du constitutionnalisme global une expression de clivages indépassables (entre internistes et internationalistes, publicistes et privatistes, utopistes et réalistes, entre l'Ouest et le reste du monde, etc.), il fallait bien réunir les points de vue, et prendre au sérieux ce qui se présente çà et là comme un « projet ».

Peut-on donc penser la constitution et/ou le constitutionnalisme au-delà de l'État ? Cette question n'est pas nouvelle. Et il n'est pas futile de se demander si, compte tenu de la densité de la production scientifique, il y a encore quelque chose à en dire. Pourtant, ce débat n'est pas de ceux que l'on relate pour mentionner une controverse passée. Sa persistance tient à deux raisons. La première réside dans sa dimension contextuelle : le discours du constitutionnalisme global contient une charge historique et politique. Il apparaît dans l'entre-deux guerres, quand émergent les formes institutionnelles des organisations internationales, et connaît son apogée après la Seconde Guerre mondiale, surtout dans les années 1990, à la fin de la guerre froide<sup>9</sup>. Il y eut ainsi certains moments ponctuels de cristallisation de la thèse constitutionnaliste autour de thématiques particulières : la Charte des Nations Unies s'apparente-t-elle à une « constitution mondiale<sup>10</sup> » ? Peut-on parler d'une « constitution européenne<sup>11</sup> » ? De même à propos de l'Organisation

---

<sup>7</sup> « *Scholars who criticize constitutionalist approaches frequently simplify and overstate the constitutionalist argument, thus alienating the concept* » (Th. KLEINLEIN, « Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, p. 80-81). Voir aussi O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER, « Is there Something Like a Constitution of International law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 68, 2008, p. 624.

<sup>8</sup> On remarque ainsi une forme de « prise en otage émotionnelle car être contre la constitutionnalisation reviendrait à être contre les droits de l'homme » (J.-M. SOREL, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », *op. cit.*, p. 218).

<sup>9</sup> Pour retracer l'évolution de la « thèse constitutionnaliste », voir A.-Ch. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international, Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

<sup>10</sup> Notamment, B. FASSBENDER, « The United Nations Charter As Constitution of The International Community », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, p. 529.

<sup>11</sup> J. WEILER et M. WIND (dir.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

mondiale du commerce<sup>12</sup>, ainsi que d'autres organisations supra- mais aussi transnationales (*Lex mercatoria*, *Lex Sportiva*, etc.). Au-delà de ces pics d'acuité, ces vingt dernières années auraient plutôt été celles d'une banalisation du discours, le global ayant traversé différents champs de la connaissance (sociologie, histoire, économie, anthropologie, etc.), mais aussi celles de son enlèvement : la littérature a été foisonnante, les formules et labels se sont perfectionnés (multiniveaux, pluralisme ordonné, constitutionnalisme « doux », différencialisme, etc.), dessinant en même temps des écoles de pensées (comme celle de l'institut Max Planck ou l'école libre de Bruxelles). Le dernier éditorial de la revue de Cambridge, spécifiquement consacrée au « Global Constitutionalism », évoquait avec une certaine gravité le contexte actuel de repli (« *the collapse of the West* ») du fait des nouveaux nationalismes, des formes usées de l'unilatéralisme et des menaces idéologiques<sup>13</sup>. Il insistait sur l'absence d'autre option que celle du constitutionnalisme global. Poser à nouveau cette question informe donc sur un certain moment du discours<sup>14</sup> – un contexte particulier qui n'a rien d'anodin.

La seconde raison de la persistance de ce débat tient à sa nature essentiellement doctrinale. Le mot « doctrinal » est ici volontairement employé en un sens très large, c'est-à-dire susceptible d'engager une réflexion d'ordres philosophique, théorique ou dogmatique. Que l'on songe au cosmopolitisme kantien adapté par Habermas, que l'on invoque le monisme de Kelsen au nom d'une théorie « pure » du droit, ou encore que l'on se tourne vers la sociologie teintée d'institutionnalisme de Scelle, la réflexion a été largement balisée par des « théories » ou des « systèmes de pensée ». Les auteurs contemporains tendent soit à s'y rattacher, soit à s'en détacher, parfois au profit d'une dogmatique élaborée et assumée. Ainsi, ce qui se joue dans ces débats tient principalement au choix d'un discours : comme cela a été relevé, les « désaccords ne sont pas empiriques<sup>15</sup> ». Certes, il n'est pas impossible que des données juridiques soient instrumentalisées à l'excès quand d'autres seraient volontairement tues, et cela dans l'unique but de légitimer des structures de pouvoir nationales, internationales, ou transnationales. Mais si l'on met de côté ces stratégies plus ou moins conscientes qui

---

<sup>12</sup> J.L. DUNOFF, « Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law », *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 647-675.

<sup>13</sup> « *There is no richly-conceptualised alternative ideology with potential global appeal contesting the global constitutionalist grammar. The alternatives that exist take the form of a motley configuration of ideologies and power structures that are unlikely to form the basis of stable new coalitions or significantly expand their appeal, as the following brief analysis of anti-constitutionalist ideologies and the power structures that embrace them seeks to make clear* » (M. KUMM, J. HAVERCROFT, J. DUNOFF et A. WIENER (dir.), « Editorial. The End of "the West" and the Future of Global Constitutionalism », *Global Constitutionalism*, Editorial, vol. 6, 2017, p. 4).

<sup>14</sup> David Kennedy évoque aussi un moment particulier du discours : D. KENNEDY, « The Mystery of Global Governance », in J.L. DUNOFF et J.R. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 39.

<sup>15</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, n° 2, 2013, p. 605-628 ; M. KUMM, « Constitutionalism and the Cosmopolitan State », *NYU School of Law, Public Law Research Paper N° 13-68*, <https://ssrn.com/abstract=2338547>, p. 3.

nuisent tant à la connaissance qu'à la réflexion critique, il faut bien admettre que les phénomènes juridiques eux-mêmes ne sont pas directement les enjeux des débats relatifs au constitutionnalisme global.

Tout bon observateur est confronté à des données potentiellement contradictoires dont il a parfaitement conscience. Une lecture de cet état du droit vient perturber la présentation classique du modèle westphalien de l'État-nation. C'est ainsi chose commune de rappeler que de nouveaux systèmes de gouvernance, transcendant parfois la distinction entre public et privé, concurrencent la prétention des États à conserver le monopole de la législation, tout comme d'alerter sur le caractère supra-ou trans-étatique de certains enjeux contemporains (environnement, migrations internationales, etc.). En outre, tout juriste averti s'intéresse à ces processus de formalisation croissants (conv. ESDH, Union européenne, ONU, OMC, etc.), à ces jurisprudences nationales, européennes, internationales qui semblent « converger » vers la garantie des droits fondamentaux, isolant parfois un noyau impératif (*jus cogens*, indérogeabilité des droits), ou encore relève-t-il un certain mimétisme dans les techniques argumentatives mobilisées par les tribunaux (le *balancing*, la proportionnalité, l'interprétation téléologique ou vivante, etc.). Une autre lecture de cet état du droit conduit à des conclusions inverses et à autant de contre-arguments. Ainsi en est-il des formes contemporaines d'unilatéralisme non couvertes par le droit international, de la question des immunités étatiques<sup>16</sup>, ou encore des replis nationaux. En un mot, le système international repose toujours sur la compétence et le consentement des États et en dernier lieu sur une légitimation de la décision par le corps politique, « le peuple » ou « la nation ». Peu importe alors l'acception fictive ou réelle de ces titulaires de souveraineté, puisque le système se fonde sur l'affirmation incontestée selon laquelle la décision leur est ultimement imputée. Le débat ne porte donc pas tant sur la bonne description d'un objet « constitution » qui existerait par nature, mais sur la manière dont on choisit de l'identifier. Le concept de constitution ou de constitutionnalisme global « ne peut pas être compris de manière appropriée s'il est considéré comme un outil purement “analytique” ou “descriptif”. Il contient des enjeux sous-jacents qui méritent de retenir notre attention<sup>17</sup> ». Puisqu'il s'agit avant tout de discours et de manières de dire, la production académique n'est pas près de s'éteindre.

Encore faut-il savoir de quoi l'on parle et donner quelques points de repères. Sommairement, ces discours, bien qu'extrêmement variés, ont pour point commun de se prononcer en faveur de l'importation du registre conceptuel de la constitution ou du constitutionnalisme pour décrire les rapports juridiques existants au-delà (et en-deçà) de l'État. Ils se présentent de ce fait

---

<sup>16</sup> Cour internationale de justice, Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce Intervenant), arrêt du 3 février 2012, CIJ Recueil 2012, p. 99. Sur cette question voir notamment : Ch. BEAUCILLON (dir.), « L'immunité juridictionnelle des États face aux violations graves des droits de l'homme. À propos de l'affaire *Allemagne c. Italie* », *IREDIES Working Papers Series*, n° 1, 2017, [https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Couvertures\\_publications/Breves\\_1\\_Immunités\\_et\\_droits\\_de\\_l\\_homme.pdf](https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Couvertures_publications/Breves_1_Immunités_et_droits_de_l_homme.pdf)

<sup>17</sup> O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER, « Is there Something Like a Constitution of International law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism », art. cité, p. 631.

comme une *proposition conceptuelle* que le champ lexical employé illustre largement : les auteurs font référence à un « appel<sup>18</sup> », un « état d'esprit<sup>19</sup> », un « *global turn*<sup>20</sup> » ou un « *cosmopolitan turn*<sup>21</sup> », un « agenda académique<sup>22</sup> ». Pour le constitutionnaliste, un tel changement conceptuel engendre des basculements sérieux. Véronique Champeil-Desplats en donne la mesure : « Repenser aujourd'hui, à partir d'une perspective de constitutionnaliste, la dissociation entre l'État et la constitution implique donc de procéder à un certain nombre de déplacements des cadres conceptuels qui se sont construits depuis plus d'un siècle » ; la question est de savoir « comment et à quel prix épistémologique<sup>23</sup> ? ».

Or, la discussion académique sur le constitutionnalisme global souffre de certaines impasses. Qu'y a-t-il de commun en effet entre une position kelsénienne presque axiomatique, la nécessité pratique exprimée par la philosophie de J. Habermas<sup>24</sup>, une théorie sociologique des constitutions sans l'État, et une dogmatique élaborée, plus ou moins prescriptive ? À première vue, peu de chose. Pourtant si les oppositions sont fortes, c'est bien que ces positions se rencontrent quelque part, ou qu'elles choisissent de ne pas se rencontrer à un endroit particulier – ce qui revient à peu près à la même chose. Pour ne pas réduire ces divergences à une simple opposition de prémisses, ou de manières de dire, il est important d'identifier les espaces dans lesquels la discussion est possible. Tel a été le projet du colloque organisé par l'Institut Villey les 29 et 30 mai 2017 et dont la publication des actes dans cette revue traduit le contenu. Plusieurs difficultés ayant trait au mou-

---

<sup>18</sup> C. SCHWÖBEL, « The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers », *German Law Journal*, vol. 13, p. 1-22.

<sup>19</sup> M. KOSKENNIEMI, « Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization », *op. cit.*, p. 9-36.

<sup>20</sup> M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, <http://juspoliticum.com/article/Apres-les-Theories-Generales-de-l-Etat-le-Droit-Global-622.html>.

<sup>21</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », in J.L. DUNOFF et J.R. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>22</sup> A. PETERS, « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, n° 2, p. 402.

<sup>23</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, New York, Routledge, p. 161. Dans le même sens, voir O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER : « *What exactly is it really about? What purpose is served by endorsing the concept? Why is it so successful among legal scholars?* » (O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER, « Is there Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 68, 2008, p. 642).

<sup>24</sup> Sur cette position, voir l'article de P. Auriel, « La démocratie au-delà de l'État. La nécessité d'une constitution internationale et européenne dans l'œuvre de Jürgen Habermas », dans cette même livraison de *Jus Politicum*.

vement des concepts, aux niveaux des discours, devaient être dépassées afin de laisser émerger les questions.

*Le mouvement des concepts.* Peut-on adapter les concepts de constitution et de constitutionnalisme pour les dissocier de l'État-nation ? La réponse à cette question suppose d'emblée d'écarter certains arguments : l'argument essentialiste – l'objet constitution a une réalité propre que le concept permettrait de révéler –, l'argument circulaire – la constitution est autre chose que ce que l'on dit qu'elle est, parce qu'on a choisi de la définir autrement – et enfin l'argument idéologique – utiliser sciemment le mot « constitution » et ses dérivés pour leurs seules connotations positives. Ces trois écueils mis de côté, rien n'empêche, sur le plan ontologique, de proposer un concept désigné par un terme qui serait ailleurs employé autrement. Olivier Jouanjan écrit à propos de l'Union européenne qu'« il n'y a pas d'*interdit conceptuel* à appliquer le mot "constitution" à l'Union européenne, ni pour désigner l'état actuel du système, ni pour qualifier un texte futur. La dénotation n'est pas fixée par une quelconque autorité ou structure du monde objectif<sup>25</sup> ». Mais cela ne veut pas dire que l'on peut « tout faire<sup>26</sup> », du moins si l'on aspire à proposer une grille de lecture attrayante et à une réception du discours chez les juristes. Certains obstacles se présentent. Ils sont notamment liés aux usages habituels du concept. Il va de soi qu'une proposition conceptuelle ne doit pas « trop s'écarter, à moins d'une bonne raison, du langage et des concepts juridiques courants » sauf à déployer « une argumentation qui démontre que la nouvelle proposition est mieux adaptée à la démarche de la science du droit<sup>27</sup> ». Puiser dans le registre constitutionnel n'a rien de farfelu au regard du vocabulaire utilisé par certains acteurs juridiques, comme en témoigne la référence à un « traité-constitution » européenne, ou à une « charte constitutionnelle<sup>28</sup> » ; et le développement des mécanismes de garantie des droits fondamentaux abonde en ce sens<sup>29</sup>. Toutefois, cette simple correspondance terminologique avec le langage-objet n'est pas suffisante : le juriste ne doit pas non plus « être dupe des idéologies qu'il véhicule ». La difficulté tient à ce que, dans la littérature doctrinale classique, le concept « traîne avec lui cette *connotation* tique<sup>30</sup> ». À quoi bon cette dissociation entre État et constitution qui semble dès lors contre-intuitive et porteuse de confusion ?

Si l'emploi du terme de « constitution » a pu exercer un certain attrait pour décrire des systèmes juridiques trans-, et internationaux, c'est que l'association entre constitution et État, outre le fait qu'elle ne se soit pas im-

---

<sup>25</sup> O. JOUANJAN, « Ce que donner une Constitution à l'Europe veut dire », *Cités*, vol. 13, n° 1, 2003, p. 14.

<sup>26</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>27</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 51-53.

<sup>28</sup> Cour EDH Loizidou c. Turquie, 23 mars 1995, 15318/89.

<sup>29</sup> Sur cette question, voir S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 308 p.

<sup>30</sup> O. JOUANJAN, « Ce que donner une Constitution à l'Europe veut dire », art. cité, p. 14.



posée d'emblée<sup>31</sup>, a été entachée par d'autres variations conceptuelles de la notion de constitution. Pour en donner un aperçu non exhaustif, on oppose l'approche formelle de la constitution – comme ensemble de normes qui fonde la validité d'autres normes et susceptible d'être modifiée selon une procédure spéciale de révision constitutionnelle – et l'approche matérielle, qui isole une substance particulière. On distingue encore la conception de la constitution comme ensemble de normes et celle de la machine autonome intégrant un ensemble de rouages minutieusement élaborés de manière à limiter le pouvoir. Une autre déclinaison sépare le « constitutionnalisme » comme mouvement d'idées philosophiques promouvant la limitation du pouvoir et la protection de la liberté, et l'approche descriptive des constitutions selon laquelle tout système juridique efficace suppose une constitution. Il existe également d'autres conceptions de la constitution : la version dite « néoconstitutionnaliste » selon laquelle elle contient un ensemble de valeurs objectives que les juridictions devraient garantir<sup>32</sup>, ou encore la version institutionnelle qui s'intéresse à une structure juridico-sociale orientée autour de certains principes<sup>33</sup>. Aucune de ces définitions n'est totalement étanche ou exclusive des autres. Elles traduisent différentes propriétés et conceptions parmi lesquelles il était possible de puiser des ressources argumentatives.

De nombreuses typologies tout à fait éclairantes ont permis de répertorier les diverses manières dont le registre constitutionnel a pu être utilisé par les auteurs favorables à cette importation conceptuelle<sup>34</sup>. Ceux-ci ont essen-

---

<sup>31</sup> Concernant l'évolution historique du concept de constitution et notamment le passage du pluriel au singulier, voir O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, <http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>.

L'auteur renvoie aux travaux de R. KOSELLECK, « Begriffsgeschichtliche Problem der Verfassungsgeschichtsschreibung » (1981), réédité dans R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Berlin, Suhrkamp, 2006.

<sup>32</sup> S. POZZOLO, « Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional », *Doxa*, vol. 21, n° 2, 1998, p. 339-353.

<sup>33</sup> Cette approche est présente sous des formes variées. Pour ne donner que quelques exemples : M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, 1925 (réédition : M. HAURIOU, « Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23, *Aux sources du droit*, 1933 ; réimpression : M. HAURIOU, *Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1925), Caen, Presses Universitaires de Caen, 1986, p. 89-128) ; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, Leipzig, Duncker & Humblot, 1928 (réédition : R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 119-276) ; C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), préfacé par G. Zagrebelsky, Milan, Giuffrè, 1998.

<sup>34</sup> Pour une cartographie de ces discours, voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », art. cité ; G. TUSSEAU, « Un chaos constitutionnel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », art. cité ; O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER, « Is there Something Like a Constitution of International law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionnalism », art. cité ; T. KLEINLEIN, « Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International

tiellement retenu les acceptions formelle, axiologique et institutionnelle. Ainsi, sans trop de difficultés, le langage de la constitution et du constitutionnalisme a permis de décrire des processus de formalisation poussés (l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme, l'Organisation internationale du travail, etc.), des mécanismes juridictionnels de garantie des droits fondamentaux<sup>35</sup>, ou encore l'existence de « systèmes » autonomes, ou « régimes » transcendant la frontière entre public et privé et fonctionnant selon une logique propre. D'aucuns regretteront une dilution de la notion de constitution et l'abandon parallèle de l'équation Constitution-État-Peuple. Mais, le cœur de ces débats ne se réduit évidemment pas à une question terminologique.

*Les niveaux des discours.* Une autre difficulté potentielle touche les différents positionnements des auteurs dans la manière dont ils déploient leur concept de constitution. Trois types de voies sont poursuivies. La première raisonne par analogie et utilise le même concept de constitution pour désigner plusieurs objets, qu'ils soient ou non nationaux. Il s'agit, en quelque sorte, de « coller », un point de vue « interniste » à des phénomènes juridiques internationaux. La référence à une « communauté internationale<sup>36</sup> » ou à d'autres notions plus ou moins proches est destinée à identifier un semblant de pouvoir constituant ou de corps politique. Si cette approche subsiste dans le débat contemporain, elle s'avère franchement minoritaire, car souvent critiquée pour ses penchants utopistes ou idéologiques. La deuxième voie, que l'on peut appeler dogmatique<sup>37</sup>, emploie un langage constitutionnel modéré et tente de présenter l'articulation complexe entre systèmes nationaux et supra- ou transnationaux. Très largement suivie, elle n'englobe pas moins des approches nettement hétérogènes. La plupart d'entre elles prennent soin de souligner que l'importation du langage constitutionnel demeure « imparfait » vis-à-vis du référentiel des constitutions nationales. À défaut de « peuple » ou d'« État », il ne peut s'agir que d'une *autre* notion de constitution épousant les contours de l'objet décrit. Le vocabulaire employé est donc prudent et minutieux : il fait référence à un processus de « constitutionnalisation<sup>38</sup> », ou à des « qualités constitutionnelles<sup>39</sup> », ou en-

---

Law », art. cité ; K. MILEWICZ, « Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, n° 2, 2009, p. 413-436.

<sup>35</sup> E. DE WET, « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, p. 611-612.

<sup>36</sup> « *International community as a whole over those of individual states* » (B. FASSBENDER, « The United Nations Charter As Constitution of The International Community », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 3, 1998, p. 553). Voir aussi G. ARANGIO-RUIZ, « The “Federal Analogue” and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue », *European Journal of International Law*, vol. 8, n° 1, 1997, p. 1-28.

<sup>37</sup> Le terme est ici employé sans connotation péjorative : A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY *e a.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 188-190.

<sup>38</sup> Sur cette notion, voir M. LOUGHLIN, « What is Constitutionalisation ? », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, *op. cit.*, p. 59 ; A. PETERS, « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, p. 579.

core à des « régimes constitutionnels<sup>40</sup> », à des « niveaux constitutionnels » multiples<sup>41</sup>, à une « *small-constitution* » distincte de la « *big-Constitution*<sup>42</sup> », ou à des « des éléments-types constitutionnels<sup>43</sup> ». À l'inverse de la première voie, celle-ci rejette une position « étatico-centrée ». En outre, certaines de ces approches assument ouvertement une position prescriptive : l'utilisation du langage du constitutionnalisme permettrait, dans une perspective critique, de « booster » la construction d'un espace international conforme aux principes de limitation du pouvoir et de garantie des droits<sup>44</sup>. La troisième voie, nettement différente, conduit à construire un concept de constitution à la manière d'une proposition de théorie du droit, de théorie politique ou sociologique. Que la constitution soit définie comme un contrat politique<sup>45</sup>, comme un système moniste composé de normes de production de normes dont la validité est présupposée par une norme fondamentale<sup>46</sup>, ou encore comme la structure d'un système émergent d'un milieu social<sup>47</sup>, ces différentes constructions ne se mesurent pas à l'aune de leur correspondance avec le langage-objet, mais en fonction de leurs vertus heuristiques. Elles se présentent comme des « théories de la constitution », que l'on peut choisir d'adopter si ce sur quoi elles proposent de mettre l'accent nous intéresse.

La pluralité de ces niveaux de discours obscurcit les espaces possibles de la discussion. Certaines confrontations semblent à première vue stériles. Comment serait-il possible de confronter, par exemple, une affirmation purement théorique, et pour cette raison invérifiable, – le système juridique est moniste et la constitution est identifiée au droit – à une position sciemment critique et recherchant la transposition d'un projet constitutionnaliste à l'échelle internationale ? La présence d'une teneur prescriptive de certains

---

<sup>39</sup> J. TULLY, J.L. DUNOFF, A.F. LANG Jr., M. KUMM et A. WIENER, « Editorial. Introducing Global Integral Constitutionalism », *Global Constitutionalism*, vol. 5, n° 1, 2016, p. 2.

<sup>40</sup> D. SCHNEIDERMAN, « Global Constitutionalism and International Economic Law: the Case of International Investment Law », *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 7, 2016, p. 23-46.

<sup>41</sup> N. WALKER, « Le constitutionnalisme multiniveaux », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 441-462.

<sup>42</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship Between Constitutionalism in and Beyond the State », art. cité, p. 263.

<sup>43</sup> « *Constitution-like element* » (E. DE WET, « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », art. cité, p. 611).

<sup>44</sup> A. PETERS, « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », art. cité, p. 591.

<sup>45</sup> J. HABERMAS, *The Divided West*, part. IV, « The Kantian Project and the Divided West », chap. 8, « Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance? », Cambridge, Polity, 2006, p. 115-193 ; J. HABERMAS, « The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society », *Constellations*, vol. 15, n° 4, 2008, p. 44.

<sup>46</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

<sup>47</sup> Sur la conception de Scelle, voir la contribution d'O. de Frouville pour cette même livraison de la revue.

discours nourrit d'ailleurs une critique familière qui conduit à les discréditer, ou du moins à les fragiliser. Pourtant, un discours prescriptif ne se présente pas de la même manière s'il est assumé comme tel, et détaché d'autres considérations, ou s'il est dissimulé derrière un discours descriptif. Ensuite, les « théories » des constitutions n'affranchissent pas leurs auteurs de l'exigence d'expliquer les raisons ayant justifié leur choix de délimitation de l'objet – raisons qui ne s'épuisent pas dans la seule invocation de l'intérêt de la science. Certes, l'élément prescriptif a une portée totalement différente puisque dans un cas il se présente comme un prérequis scientifique, dans l'autre cas, il se confond avec un projet politique. Mais cette frontière n'est pas aussi nette qu'il y paraît et il n'est pas certain qu'il soit intéressant de ne voir dans le débat autour du constitutionnalisme global qu'une simple opposition de niveaux de discours : il y aurait d'un côté les partisans de la science qui ne chercheraient qu'à connaître, et donc à décrire, et les autres, qui voudraient d'abord changer, et donc prescrire. Tout discours suffisamment clair et conscient de ses présupposés invite à une discussion autour des choix conceptuels opérés et des finalités recherchées.

*Les questions.* Plusieurs questions revêtent pour le constitutionnaliste une acuité particulière. La première, patente, touche la théorie constitutionnelle et politique. La notion de constitution ne devrait pas être détachée de celle du pouvoir constituant, car elle en perdrait sa dimension politique essentielle<sup>48</sup>. Ce n'est certainement pas un hasard si de nombreux discours du constitutionnalisme global se sont tournés vers l'œuvre des juridictions pour observer, à travers les mécanismes de garantie des droits, une axiologie constitutionnelle susceptible de supplanter l'appel à un corps politique<sup>49</sup>. Sans franchir ce pas, d'autres reprochent l'aspect fictionnel de la « souveraineté du peuple » dans la théorie classique et tentent de penser autrement le problème de la légitimité<sup>50</sup>. Il est révélateur, mais non moins étonnant, de voir que les auteurs utilisent souvent la théorie des moments constitutionnels, formulée par Bruce Ackerman, pour décrire des processus constitutionnels au-delà de l'État<sup>51</sup>. L'informalité de ces moments de fondation

---

<sup>48</sup> D. GRIMM, « The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 4-22, p. 10 : « *The two elements of constitutionalism, the democratic element and the rule of law, cannot be separated from each other without diminishing the achievement of constitutionalism* ». Voir N. WALKER, « Beyond the Holistic Constitution? », art. cité, p. 294, qui qualifie cette approche de « culturaliste ».

<sup>49</sup> M. POIARES MADURO, « Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism », in J.L. DUNOFF et J.R. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, op. cit., p. 356.

<sup>50</sup> Mattias Kumm défend l'idée que la théorie constitutionnelle classique repose sur la fiction de l'unité de la source alors que la constitution serait un ensemble de pratiques formelles et informelles structurée autour de grands principes (M. KUMM, « The Best of Times and the Worst of Times. Between Triumphalism and Nostalgia », art. cité, p. 203). Voir aussi, sur la notion de « citoyenneté », C. COLLIOT-THÉLÈNE, « La démocratie sans *demmos* », Paris, PUF, 2011, en particulier p. 187-193.

<sup>51</sup> L'enjeu principal de l'œuvre de Bruce Ackerman est de produire un récit de l'histoire constitutionnelle américaine permettant de « revitaliser » l'expression concrète du peuple contre une lecture trop centrée sur l'œuvre de la Cour Suprême. Voir B.A. ACKERMAN, *We*

constitutionnelle s'accommoderait sans doute aisément des modes d'apparition des phénomènes juridiques sur la scène internationale. On peut aussi y voir une stratégie destinée à impulser un levier politique quitte à prendre le risque d'aller trop vite et trop loin en détachant davantage le lien entre gouvernants et gouvernés. À cette première entorse à la théorie constitutionnelle classique s'en ajoute une autre qui atteint cette fois la perception « publique » du pouvoir. La naissance de nouveaux acteurs, spécialisés dans des domaines autonomes et ordinairement classés dans la sphère privée (économique, commercial, numérique, etc.), a nourri le thème de la « fragmentation<sup>52</sup> » de la gouvernance. Contre l'« étatismisme constitutionnel<sup>53</sup> », le recours à la notion de constitution pour décrire d'autres rapports que ceux qui lient État et individus devient un horizon possible : la théorie du « constitutionnalisme sociétal » en est un exemple abouti. Les « constitutions sociétales » naissent de différents milieux, social, économique, etc., ou de toute « institution » fonctionnant selon une logique de pouvoir propre, distincte du pouvoir politique. Ce glissement de la notion constitution vers le « privé » ou le « social » soulève des perspectives à la fois attrayantes et potentiellement inquiétantes. Si elle invite à percevoir l'articulation des multiples foyers du pouvoir, elle présente de faibles garanties pour ceux qui sont attachés au fondement libéral de la limitation du pouvoir politique<sup>54</sup>.

Enfin, s'opposent au sein de ce débat plusieurs options discursives. D'un côté, celle qui donne une présentation plutôt cohérente, ordonnée de son objet (le monisme ou le pluralisme ordonné<sup>55</sup>, ou encore le néoconstitutionnalisme). D'un autre côté, celle qui pointe au contraire l'aspect erratique, indompté de cet objet. Un discours trop homogénéisant se heurte parfois au reproche d'être néfaste, parce qu'il servirait les intérêts d'une partie

---

*the People*, vol. 1, *Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991 (traduction française : B.A. ACKERMAN, *Au nom du peuple, Les fondements de la démocratie américaine*, traduit par J.-F. SPITZ et préfacé par P. WEIL, Paris, Calmann-Lévy, 1998). Cité par exemple par S. BENHABIB, « The New Sovereignism and Transnational Law: Legal Utopianism, Democratic Scepticism and Statist Realism », *Global Constitutionalism*, vol. 5, n° 1, 2016, p. 109-144.

<sup>52</sup> M. KOSKENNIEMI et P. LEINO, « Fragmentation of International Law Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3 2002, p. 553-579 ; M. KOSKENNIEMI, « Global Legal Pluralism: Multiple Regime and Multiple Modes of Thought », conférence, Harvard University, 5 mars 2005, p. 3.

<sup>53</sup> G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels : le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Garnier, 2016.

<sup>54</sup> G. TEUBNER, « Constitutionnalisme sociétal : Neuf variations sur un thème de David Sciuilli », *Jus Politicum*, 19, janvier 2018 : « Quant à savoir si une telle autolimitation peut réussir aussi dans d'autres sous-systèmes sociaux qui présentent des tendances semblables à la totalisation, est l'une des questions les plus importantes du constitutionnalisme sociétal ». La référence à une « méta-constitution » permet d'identifier des « normes de collision » en mesure de résoudre les conflits entre les différentes constitutions sociétales.

<sup>55</sup> N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002, p. 317-359. Joseph H.H. Weiler fait référence à une « tolérance constitutionnelle » : J.H.H. Weiler, « On the Power of the Word: Europe's constitutional iconography », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n°s 2-3, 2005, p. 184, <https://doi.org/10.1093/icon/moi015>.

du monde<sup>56</sup> ou encore parce qu'il ne tiendrait pas compte des différenciations culturelles, sociales, existantes<sup>57</sup>. Au mieux, y voit-on une forme d'auto-persuasion. Il y a certainement un relatif confort à hisser l'étendard du constitutionnalisme, tout comme il y a certainement un autre confort à en déconstruire les présupposés ; les fonctions recherchées sont, ici comme ailleurs, nettement différentes. S'il ne s'agit que de manières de dire, faut-il vraiment prêter attention à ce débat ? Il se pourrait, comme le suggère David Kennedy, qu'il nous montre finalement le peu de chose que nous savons de l'exercice réel du pouvoir et de la manière dont cohabitent ses différentes institutions ; le moment académique serait donc plutôt celui de l'inconnu (*unknowing*) et de la « réinvention »<sup>58</sup>. Que l'on adopte ou non les conclusions de ces discours, une immersion dans cet « *agenda* » du global met nécessairement à l'épreuve nos représentations et cloisons disciplinaires.

**Manon Altwegg-Boussac**

*Professeur de droit public à l'Université du Littoral Côte d'Opale*

---

<sup>56</sup> Concernant la perspective critique du constitutionnalisme global en matière de droit des investissements, voir notamment D. SCHNEIDERMAN, « Global Constitutionalism and International Economic Law: the Case of International Investment Law », art. cité.

<sup>57</sup> M.-C. PONTHEOREAU, « “Global Constitutionalism” », un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique », *Jus Politicum*, 19, janvier 2018.

<sup>58</sup> « *Moments of both of great unknowing and of disciplinary reinvention* » (D. KENNEDY, « The Mystery of Global Governance », art. cité, p. 39).

## Sabino Cassese

### EXISTE-T-IL UNE « CONSTITUTION GLOBALE » ?\*

#### I. L'ÉTAT EST-IL LE DOMICILE DU CONSTITUTIONNALISME ?

« L'État moderne a été pendant longtemps le domicile incontesté du constitutionnalisme », observait Neil Walker en 2010<sup>1</sup>. Mais cela n'est plus vrai aujourd'hui.

Le constitutionnalisme est un « modèle [...] au sein et au-delà de l'État », selon le programme du périodique « Global Constitutionalism. Human Rights, Democracy and the Rule of Law », paru en 2012.

Plus de la moitié de l'ouvrage sur la « Sociology of Constitutions<sup>2</sup> » dirigé par Alberto Febbrajo et Giancarlo Corsi (publié en 2016) examine la transformation du constitutionnalisme classique et les rapports (dont l'existence est contestée) entre le constitutionnalisme et la globalisation.

En février 2017, deux professeurs, l'un britannique et l'autre allemand, ont publié le « Research Handbook on Global Constitutionalism », postulant qu'« il est impossible de comprendre l'ordre international si l'on ne comprend pas la théorie constitutionnelle<sup>3</sup> ».

---

\* Allocution d'ouverture au colloque international sur « Le constitutionnalisme global : Peut-on penser la constitution sans l'État ? », Paris, Université de Panthéon-Assas, Institut Michel Villey, 29-30 mai 2017. Merci à Pasquale Pasquino pour ses commentaires.

<sup>1</sup> N. WALKER, *Beyond the Holistic Constitution*, in P. DOBNER & M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 291.

<sup>2</sup> A. FEBBRAJO & G. CORSI (dir.), *Sociology of Constitutions*, Abingdon, Routledge, 2016.

<sup>3</sup> A.F. LANG & A. WIENER (dir.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2017. Voir aussi A. VON BOGDANDY, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006 ; J. DUNHOFF & J. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; T. KLEINLEIN, « On Holism, Pluralism and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State », *European Journal of International Law*, vol. 21, 4, 2010 ; M. KOSKENNIEMI & P. LEINO, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 3, 2002 ; G. AMATO, « Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n° 1, p. 1-8 ; G. SILVESTRI, « Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n° 4, p. 905-919 ; L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2016 ; C. SCHWÖBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Nijhoff, 2011 ; C. TOMUSCHAT, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *Recueil des Cours*, 281, 10, 1999 ; E. DE WET, « The International Constitutional Order », in *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 1, 2006 ; N. GIBBS, « Human Rights, Symbolic Form, and the Idea of the Global Constitution », *German Law Journal*, vol. 18, n° 3, 2017, p. 511-532. Un apport fondamental aux études sur le Constitutionnalisme global a été donné par Anne Peters, Matthias Kumm and Alexander Somek. Voir les articles ou parties des ouvrages sui-

On trouve une preuve supplémentaire du développement du constitutionnalisme au-delà de l'État dans les renvois préjudiciels des cours constitutionnelles nationales aux cours supranationales, comme celui de la Cour constitutionnelle italienne à la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'Ordonnance n° 207/2013. L'Ordonnance établit que

la question préjudicielle soumise à la Cour de Justice est importante dans les procédures devant la Cour Constitutionnelle, puisque l'interprétation qui lui est demandée semble nécessaire pour établir le sens précis du droit communautaire aux fins du contrôle de constitutionnalité que la Cour Constitutionnelle conduira selon le principe de droit constitutionnel intégré par le droit communautaire en question.

## II. LE DÉVELOPPEMENT DU CONSTITUTIONNALISME GLOBAL : UN PHÉNOMÈNE CONTESTÉ

Au niveau global, un processus de constitutionnalisation est actuellement en cours, comportant l'affirmation d'une société civile internationale, la création d'une sphère publique globale, un nombre croissant de réseaux transnationaux et la prolifération de tribunaux internationaux<sup>4</sup>.

Mais ce constat est contesté par ceux qui, tout en admettant qu'un ordre juridique global existe, affirment que ce droit supérieur est de nature purement administrative, ou que les fondements constitutionnels d'un tel système global sont à un stade élémentaire de développement. Selon un expert en la matière, « l'état de droit, la division des pouvoirs et la légitimité démocratique sont au cœur du constitutionnalisme », mais ils ne sont pas présents dans l'espace global<sup>5</sup>. « Le constitutionnalisme offre un objectif valable pour la gouvernance mondiale. Mais revendiquer son existence avant de pouvoir la prouver crée plus de sceptiques que de partisans du constitutionnalisme global<sup>6</sup> ».

Un autre point de vue sceptique est celui de Dieter Grimm. Celui-ci a observé que « [la] constitution est née comme constitution d'un État » ; a admis qu'il y a actuellement une « relativisation de la frontière entre

---

vants d'A. Peters : « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, n° 2, 2009, p. 397-411 ; « Are we Moving towards Constitutionalization of the World Community? », in A. CASSESE (dir.), *Realizing Utopia*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 118-135 ; « Fragmentation and Constitutionalization », in A. ORFORD, H. FLORIAN, *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 1011-1031 ; « Global Constitutionalism », in *Encyclopedia of Political Thought*, Chichester, Wiley/Blackwell, 2015. Voir M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: on the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », in J.L. DUNOFF & J.P. TRACHTMANN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, op. cit., p. 258-324. Voir aussi M. KUMM e. a., « The End of “the West” and the Future of Global Constitutionalism », in *Global Constitutionalism*, vol. 6, n° 1, 2017, p. 1-11 ; A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

<sup>4</sup> S. CASSESE, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Global Law Press, Editorial Derecho Global, 2012, p. 63.

<sup>5</sup> A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 198.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 248.



l'intérieur et l'extérieur », parce que le droit externe est superposé au droit national (de nombreux pays sont ainsi contraints de se conformer au droit global) ; a ajouté que « la véritable question est de savoir si la réalisation du constitutionnalisme peut être élevée au niveau supranational ». Toutefois, il a conclu que, « pour le moment, l'État semble rester le seul cadre dans lequel peuvent s'affirmer la conformité aux limites d'un système et l'autonomie protégée par les droits fondamentaux ». « La soumission au droit d'une puissance publique exercée au niveau international restera toujours au second plan par rapport à la réalisation du constitutionnalisme au niveau national. Il n'y a pas les conditions qui permettraient de la reproduire en dehors de l'État-nation<sup>7</sup> ».

### III. LA GLOBALISATION LANCE UN DÉFI AU CONSTITUTIONNALISME

Examinons la question plus en détail, en analysant les deux faces de la médaille<sup>8</sup>.

Les caractéristiques du constitutionnalisme sont : (1) un ordre juridique unitaire et une autorité centralisée ; (2) une communauté politique et un dialogue entre la société civile et ses gouvernants ; (3) un « *pouvoir constituant* » ; (4) un organe doté du pouvoir de légiférer ; (5) une hiérarchie claire de normes ; et (6) des mécanismes pour assurer leur application.

Ces caractéristiques n'existent pas dans l'arène globale. Le domaine global ne présente pas un seul système juridique, mais plutôt une grande quantité de régimes indépendants ; par conséquent, il n'y a pas de « centre ».

Il y a un espace global, mais il n'y a ni communauté globale<sup>9</sup> ni dialogue entre les gouvernés et les gouvernants.

Il n'y a pas d'auteur global d'une constitution globale comparable à une autorité dotée d'un *pouvoir constituant*<sup>10</sup>. Il y a de nombreux « forums » ou assemblées, mais non pas un parlement cosmopolite doté du pouvoir législatif.

Et il n'y a pas de pouvoir de contrainte (qui puisse garantir le respect des règles en faisant recours à la force).

---

<sup>7</sup> D. GRIMM, *Constitutionalism. Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 32-35, p. 322-323, p. 366, p. 344 et p. 376.

<sup>8</sup> Voir M. SCHEININ, « United Nations Law: Substantive Constitutionalism Through Human Rights versus Formal Hierarchy Through Article 103 of the Charter », in F. FABBRINI & V.C. JACKSON (dir.), *Constitutionalism Across Borders in the Struggle Against Terrorism*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2016, p. 15-16. Voir aussi D. GRIMM, *Constitutionalism. Past, Present, and Future*, op. cit., 2016, p. 363, qui énumère les caractéristiques du constitutionnalisme (la constitution comme un ensemble de normes juridiques qui disciplinent l'établissement et l'exercice de la puissance publique avec une réglementation totale, le peuple comme unique source légitime du pouvoir, le droit constitutionnel comme droit supérieur).

<sup>9</sup> P. PASQUINO, « Costituzione e potere costituente : i due corpi del popolo », *Rivista di Politica*, 4, 2016, p. 16 : chaque communauté politique a une constitution.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 22.

Examinons maintenant l'autre côté du problème. Plus de 3 % de la population mondiale vit dans un pays autre que son pays natal. En 2016, on a compté presque un milliard et demi de passagers sur les vols internationaux. Dans le monde entier, la plupart des hommes et des femmes s'habillent de la même façon. Le réchauffement et le terrorisme globaux font l'objet d'une attention globale, non seulement de la part des gouvernements, mais aussi des populations. Entre les ordres juridiques nationaux existent de nombreuses interférences et des procédures de coopération et d'« *accountability* » horizontale. Peut-on en conclure qu'une société globale et une opinion publique globale ont commencé à se développer ?

De nombreuses chartes, conventions ou traités globaux ou supranationaux proclament et protègent un ensemble de droits humains, y compris le « droit d'avoir des droits ». Ces normes sont organisées selon une stricte hiérarchie. L'article 103 de la Charte des Nations Unies dispose que, « en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». Ces documents peuvent-ils être interprétés comme étant de nature constitutionnelle ?

Certaines des organisations internationales les plus anciennes considèrent leurs instruments statutaires comme des constitutions. Par exemple, dès sa création, l'Organisation Internationale du Travail a été régie par un document réglementaire de base appelé « Constitution ». Le Comité International Olympique, établi en 1908, a reconnu depuis 1921 que sa Charte est approuvée sur la base de ses propres « droits constitutionnels<sup>11</sup> ». Aujourd'hui, l'Introduction à la Charte établit qu'elle est « un document de base de nature constitutionnelle ». La volonté des fondateurs de ces organisations devrait-elle ne pas être prise en considération, et ces documents ne devraient-ils pas être classés au rang de constitutions ?

Presque tous les régimes globaux ont un corps de règles de base qui gouvernent leur structure, leurs procédures et leur activité administrative. Pourquoi, par conséquent, ne devrait-on pas reconnaître qu'il y a deux droits, l'un supérieur et l'autre inférieur, le premier jouant le rôle que jouent les constitutions dans les contextes nationaux ?

De nombreuses institutions globales de réglementation produisent une vaste législation dans tous les domaines, adoptant des règles auxquelles doivent se conformer les États et les personnes dans les États-nations. Ces institutions ont des pouvoirs législatifs bien développés, des procédures et des organismes de résolution des conflits, et des exécutifs moins développés. Malgré la fragmentation des institutions de réglementation, il y a des liens qui s'établissent entre eux, et un ensemble croissant de règles administratives communes. Peut-on reconnaître un ordre juridique en formation ?

Plus d'un dixième de ces régimes réglementaires ont établi des procédures et des organes de contrôle du respect des règles, et la plupart de ces organes peuvent être considérés comme des tribunaux. En effet, ils exami-

---

<sup>11</sup> L'édition de 1921 était en français, et le terme employé était « prérogatives constitutionnelles ». La Charte n'a été rédigée en anglais qu'en 1930.

nent les décisions adoptées aux niveaux global et national pour vérifier qu'elles respectent les règles supranationales et, dans certains cas, ils agissent sur saisine émanant de tribunaux nationaux<sup>12</sup>. Les juridictions nationales acceptent que ces tribunaux supérieurs aient le dernier mot. Ce « dialogue des juges » peut-il être vu comme le premier pas vers un État de droit global ?

S'il est vrai qu'un parlement cosmopolite n'existe pas, la société civile est représentée au niveau global (pensons à la représentation tripartite – des États, des travailleurs et des employeurs – au sein de l'Organisation Internationale du Travail) ou, pour le moins, elle est entendue par les autorités internationales dans des procédures de démocratie délibérative. Peut-on conclure qu'une dialectique entre pouvoirs publics globaux et société est en voie de s'établir ?

Enfin, les organisations globales défendent, protègent et favorisent la démocratie nationale. Peut-on en conclure que la démocratie n'est pas inconnue des institutions globales ?

Ainsi, on peut conclure qu'une société globale a commencé à se développer, qu'il y a des textes de nature constitutionnelle, une hiérarchie de normes, une législation et des règles administratives communes, des tribunaux et un dialogue des juges, qu'une attention pour la démocratie au niveau global est en train de se développer.

#### **IV. CONSTITUTIONNALISME NATIONAL ET CONSTITUTIONNALISME GLOBAL PRÉSENTENT DES DIFFÉRENCES**

Voyons la dernière question : le constitutionnalisme global en développement est-il comparable au constitutionnalisme national ?

En premier lieu, l'histoire du constitutionnalisme global est très différente de celle du constitutionnalisme national. Ce dernier s'est développé comme un instrument de contrôle des pouvoirs exécutifs, tandis que dans l'espace global, l'exécutif est encore au stade d'embryon. La nécessité d'une autorité de contrôle n'est pas nécessaire en présence d'institutions dépourvus du pouvoir d'exécuter.

Deuxièmement, le constitutionnalisme global n'est pas le droit international qui se transformerait lentement en droit constitutionnel. Il est bien plus riche, car il découle des interactions entre les traditions constitutionnelles nationales et des interactions entre les systèmes juridiques globaux et nationaux. La coopération, les emprunts et les transferts sont la règle dans ce réseau extrêmement complexe d'interactions mutuelles. Le meilleur exemple en est le dialogue des juges, l'interaction des tribunaux internationaux et nationaux.

---

<sup>12</sup> Selon C. THORNHILL, « The Sociological Origins of Global Constitutional Law », in A. FEBBRAJO & G. CORSI (dir.), *Sociology of Constitutions*, London, Routledge, Taylor and Francis, 2016, p. 103, le pouvoir judiciaire joue un rôle plus central dans l'espace global que dans les ordres juridiques nationaux.

Le niveau national n'est pas exclu du niveau supranational pour deux raisons principales. L'une est l'ouverture vers le haut proclamée par les constitutions nationales, que les Allemands ont appelée « *Völkerrechtsfreundlichkeit* » (engagement envers le droit international), parce que les articles 24 et 25 de la Loi Fondamentale Allemande contiennent une clause qui rend les frontières de l'État perméables aux normes globales<sup>13</sup>. Des clauses semblables sont comprises dans de nombreuses constitutions nationales, de celle de l'Afrique du Sud à celle de l'Italie.

Une autre forme d'ouverture agit dans la direction opposée, les institutions constitutionnelles globales exerçant leur influence sur les ordres juridiques nationaux : un exemple en est donné par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui s'est prononcé sur les dispositions constitutionnelles britanniques concernant les droits de vote des prisonniers. Il convient donc de redéfinir le constitutionnalisme global comme un « trans-constitutionnalisme ».

Ma conclusion est que si le constitutionnalisme signifie l'établissement de limites pour restreindre le pouvoir et protéger les libertés, une progression vers le constitutionnalisme est en cours dans l'espace global.

### **Sabino Cassese**

*Professeur à la School of Government de l'Université Luiss de Rome. Il a été professeur de l'Université d'Urbino, de Naples, de Rome La Sapienza. Il a été Ministre pour la fonction publique du 50<sup>e</sup> Gouvernement de La République italienne présidé par Carlo Azeglio Ciampi. Il est professeur émérite à l'École Normale Supérieure de Pise et Juge émérite de la Cour Constitutionnelle italienne.*

---

<sup>13</sup> D. GRIMM, *Constitutionalism. Past, Present, and Future*, op. cit., p. 33. L'article 25 de la Loi Fondamentale Allemande dispose que « les règles générales du droit international feront partie intégrante du droit fédéral. Elles auront la priorité sur les lois et seront une source directe de droits et de devoirs pour les habitants du territoire fédéral ».

## Thomas Hochmann

### HANS KELSEN ET LE CONSTITUTIONNALISME GLOBAL : THÉORIE PURE DU DROIT ET PROJET POLITIQUE

**A**u vu de l'importance de son œuvre, de ses puissantes attaques contre la plupart des auteurs de son temps, de sa façon un peu vexante de dénier le caractère scientifique aux autres démarches doctrinales, il n'est pas surprenant que Hans Kelsen soit la cible de nombreuses critiques. Elles se fondent souvent sur des caricatures de son œuvre, ou font au moins fi d'un certain nombre des subtilités que présentent ses constructions théoriques. Il est en particulier un reproche très fréquent qui s'appuie sur une fausse évidence. Kelsen défend une conception « pure » de l'étude du droit. Il s'agit de faire abstraction des données non-juridiques, en particulier des opinions politiques, pour analyser les normes juridiques. Or, il s'avère que Kelsen était un être humain, qui n'était pas exempt d'opinions politiques. Il s'est même fortement engagé pour le libéralisme et la paix mondiale, et a été proposé à trois reprises pour le prix Nobel de la paix<sup>1</sup>. Évidemment, aucune contradiction n'est ici décelable. Kelsen n'a jamais nié l'existence des valeurs ou des choix politiques, il a simplement plaidé pour que ce type de conviction ne fausse pas l'étude du droit. Il critiquait le fait que des auteurs présentent leurs préférences personnelles comme le droit en vigueur. L'existence d'affinités entre ce projet scientifique et certaines préférences politiques, en particulier en faveur de la démocratie<sup>2</sup>, n'implique pas que le premier soit contaminé par les secondes.

Néanmoins, dès lors que Kelsen n'était pas un monstre froid mais un citoyen engagé, il peut être tentant de chercher à déceler une contradiction fondamentale dans ses écrits. Le donneur de leçon sur la pureté méthodologique aurait lui-même commis l'erreur qu'il dénonçait. Il aurait inséré ses préférences politiques dans ses constructions théoriques et dans ses descriptions du droit positif. Cette accusation est assez fréquente<sup>3</sup>, et elle concerne

---

<sup>1</sup> Voir T. OLECHOWSKI, « Kelsen als Pazifist », in N. ALIPRANTIS et T. OLECHOWSKI (dir.), *Hans Kelsen: Die Aktualität eines grossen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts*, Wien, Manz, 2014, p. 127.

<sup>2</sup> Voir par exemple T. OLECHOWSKI, « Kelsen als Pazifist », art. cité, p. 121 ; M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 194 sq. Le « lien décisif » entre la conception kelsénienne de la science du droit et sa défense de la démocratie est évidemment le « relativisme axiologique » (*ibid.*, p. 200). Voir aussi O. JOUANJAN, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, op. cit., p. 38 et p. 42 ; et L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, New York, Oxford University Press, 2007.

<sup>3</sup> Elle apparaissait déjà sous Weimar. Voir les opinions de Heller et de Smend citées par B. FASSBENDER, « Rezension : Jochen von Bernstorff. Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler », *Die Friedens-Warte, Journal*

souvent la théorie du droit international de Kelsen. En effet, le projet politique d'une société mondiale juridiquement organisée lui tenait particulièrement à cœur. Il s'est ouvertement prononcé en sa faveur à de multiples reprises, par exemple à la fin de son cours prononcé à La Haye en 1926 : « c'est cette organisation du monde en un État universel qui doit être le but ultime, encore lointain d'ailleurs, de tout effort politique<sup>4</sup> ». Afin de garantir « la paix par le droit », il prit la peine de rédiger les statuts d'une organisation fédérative mondiale<sup>5</sup>.

Bien sûr, Kelsen a pu parfaitement distinguer les affirmations de théorie du droit et les descriptions du droit positif d'une part, l'énoncé de ses objectifs politiques d'autre part. Mais il est tentant de supposer que son analyse du droit international a été infiltrée par ses préférences politiques. Telle est la thèse suggérée de manière mesurée par Jochen von Bernstorff dans sa thèse de doctorat<sup>6</sup>. En s'appuyant sur cet auteur et en s'en distinguant parfois, il est possible d'analyser les rapports entre la théorie du droit (et de la science du droit) de Kelsen et son projet politique cosmopolite sous un double aspect. D'abord, il convient de se demander si Kelsen a mis sa théorie juridique au service de son projet politique (I). Ensuite, les éventuelles frictions entre ces deux préoccupations majeures peuvent être recherchées (II).

## I. LA THÉORIE PURE DU DROIT AU SERVICE DU PROJET POLITIQUE ?

La théorie pure du droit est sans aucun doute constructive : elle offre le moyen de concevoir un objet d'étude et de l'analyser. Mais elle revêt aussi et peut-être surtout un aspect négatif : elle est un puissant outil de destruction des concepts couramment utilisés par la doctrine. Elle met au jour les idéologies qui se cachent derrière des constructions d'apparence neutre<sup>7</sup>. Les écrits de droit international n'ont pas échappé à cet examen impitoyable de Kelsen. Pour Jochen von Bernstorff, cependant, Kelsen s'est livré à une analyse sélective des auteurs : afin de promouvoir son objectif politique, il a

---

*of International Peace and Organization*, 2003, p. 301 et T. OLECHOWSKI, « Hans Kelsen als Mitglied der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung », in M. JESTAEDT (dir.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 25. Voir aussi, remarquant la fréquence des études qui s'interrogent sur la cohabitation chez Kelsen d'une exigence de pureté intellectuelle et d'un fort engagement politique, C. KLETZER, « Pure Cosmopolitanism: The Theory and Politics of Kelsen's Theory of International Law », *Jurisprudence*, 2012, p. 505.

<sup>4</sup> H. KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* (1926), *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, n° 14, Martinus Nijhoff Publishers, 1927, p. 326.

<sup>5</sup> H. KELSEN, *Peace Through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944, p. 127 sq.

<sup>6</sup> J. VON BERNSTORFF, *Der Glaube an das universale Recht, Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden, Nomos, 2001 ; J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

<sup>7</sup> Voir O. PFERSMANN, « Kelsens Ideologiekritik », in N. ALIPRANTIS et T. OLECHOWSKI (dir.), *Hans Kelsen: Die Aktualität eines grossen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts*, op. cit., p. 55.

choisi de ne soumettre à la critique que ses adversaires politiques. C'est ainsi qu'il est parvenu à réconcilier deux buts apparemment contradictoires : établir une méthode non politique d'étude du droit et promouvoir le projet politique d'une société mondiale juridiquement organisée<sup>8</sup>. S'il est indéniable que Kelsen a critiqué les thèses de ses adversaires politiques (A), von Bernstorff ne démontre pas en quoi il aurait fait grâce aux constructions idéologiques qui lui convenaient (B).

### *A. La critique juridique des adversaires politiques*

La présente contribution n'est sans doute pas le lieu de rappeler les grandes lignes de la théorie du droit international de Kelsen. Réalisée par mes soins, une telle entreprise ferait qui plus est sourire les spécialistes de droit international et induirait les autres en erreur. Von Bernstorff, parmi d'autres, montre bien comment Kelsen a débusqué derrière plusieurs concepts établis les opinions nationalistes propagées par la plupart des internationalistes. Le terrain du droit international se prêtait particulièrement bien à la critique kelsénienne des idéologies. En 1923, Josef Kunz, le fidèle élève de Kelsen qui s'est sans doute le plus consacré au droit international<sup>9</sup>, soulignait que la doctrine internationaliste était demeurée en retard par rapport aux autres sous-disciplines juridiques. Elle a longtemps été « le dernier refuge du droit naturel », et un des rares lieux où celui-ci apparaît encore de manière ouverte. La doctrine internationaliste, ajoutait Kunz, se caractérise également par ses liens avec la politique : de nombreux internationalistes ne se préoccupent pas du contenu du droit international, mais de la manière de défendre leur pays<sup>10</sup>.

Un boulevard s'ouvrirait donc pour la critique kelsénienne des idéologies, comme il le remarque lui-même en ouverture de son ouvrage de 1920 consacré au droit international<sup>11</sup>, dont le sous-titre constitue la première apparition de l'expression « théorie pure du droit »<sup>12</sup>. « Le développement d'une théorie *pure* du droit, en particulier nettoyée des éléments socio-psychologiques et politiques » est ici continué « à propos d'un problème dont le traitement par la doctrine dominante est particulièrement adapté à démontrer son besoin de réforme<sup>13</sup> ».

Kelsen a ainsi mis à nu plusieurs fondements classiques du droit international, au premier rang desquels la conception traditionnelle de la souve-

---

<sup>8</sup> J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, *op. cit.*, notamment p. 2 et p. 225.

<sup>9</sup> Pour une courte présentation biographique de Kunz, voir *ibid.*, p. 283-285.

<sup>10</sup> J. L. KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, Leipzig/Wien, Franz Deuticke, 1923, p. 70.

<sup>11</sup> H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920), republié in M. JESTAEDT (dir.), *Hans Kelsen Werke*, Bd 4, *Veröffentlichte Schriften 1918-1920*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013 (désormais cité : *HKW 4*), p. 264-572. Je citerai la pagination de la réédition, suivie de la pagination originale entre parenthèses.

<sup>12</sup> Voir M. JESTAEDT, « Editorischer Bericht », in *HKW 4*, *op. cit.*, p. 790.

<sup>13</sup> H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, *op. cit.*, p. 264 (III) (souligné par Kelsen).

raineté de l'État<sup>14</sup>, cette notion « utilisée en vue de donner l'apparence de vérités incontestables à des arguments purement politiques<sup>15</sup> ». Il fit aussi un sort à la perception de l'État comme une personne juridique dotée de volonté, à la théorie de l'auto-obligation (*Selbstverpflichtung*) de Jellinek, ou encore à la séparation opérée par Triepel entre le droit national et le droit international<sup>16</sup>.

Il est loisible de s'attarder sur un exemple particulier. Le cœur du projet institutionnel mondial de Kelsen repose sur un organe juridictionnel<sup>17</sup>. Pour le résumer en une phrase : « le progrès du droit international doit d'abord passer par la mise en place d'une juridiction obligatoire<sup>18</sup> ». Or, comme le souligne Charles Leben, « une telle juridiction ne peut voir le jour que si la communauté des États [...] en est arrivée à un point où elle est prête à accepter la contrainte d'une telle juridiction obligatoire<sup>19</sup> ». Kelsen s'efforce donc de priver les États des arguments pseudo-juridiques invoqués pour échapper au règlement juridictionnel des conflits. Il insiste sur le fait qu'aucune limite à la compétence juridictionnelle ne découle de la nature des choses. En particulier, il s'emploie à éradiquer la distinction entre les litiges juridiques et politiques. « Un ordre juridique positif peut être appliqué à n'importe quel conflit », écrit-il<sup>20</sup>. La thèse des « questions politiques » permet simplement aux États de soustraire selon leur bon vouloir certains litiges à la compétence de la Cour. Il s'agit d'une argumentation pseudo-juridique qui n'est qu'un mode d'expression de l'idéologie nationaliste.

On remarquera sans doute que cette critique juridique apparaît dans un ouvrage ouvertement politique, qui propose un projet institutionnel. Ici comme ailleurs, Kelsen élimine des thèses d'apparence juridique qui paraissent s'opposer à une plus grande intégration et institutionnalisation de la société mondiale. Mais cette démarche ne peut donner lieu à aucun reproche de contradiction ou de malhonnêteté. Kelsen s'attache à montrer que rien ne s'oppose juridiquement à son projet politique. Aucun « principe », aucune « notion » telle que la souveraineté ne constitue un obstacle autre qu'idéologique à l'évolution qu'il préconise. Mais à aucun moment Kelsen ne présente ses objectifs comme le droit en vigueur, ou comme un aboutissement *juridiquement* inévitable. Il démontre simplement, sur le fondement

---

<sup>14</sup> Voir en particulier *ibid.*, dès la p. 1. Voir aussi J. KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, *op. cit.*, p. 71 : « Les idées politiques, les opinions nationalistes et le dogme de la souveraineté étatique [...] empêchèrent non seulement l'évolution du droit international [...], mais aussi son étude scientifique et théorique ».

<sup>15</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1<sup>e</sup> éd., Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1988 (1953), p. 196.

<sup>16</sup> J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 61 *sq.*

<sup>17</sup> H. KELSEN, *Peace through Law*, *op. cit.*, p. 13 *sq.*, p. 129 *sq.*

<sup>18</sup> C. LEBEN, « Préface », in H. KELSEN, *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 23. Voir H. KELSEN, *Peace through Law*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>19</sup> C. LEBEN, « Préface », *op. cit.*, p. 23.

<sup>20</sup> H. KELSEN, *Peace through Law*, *op. cit.*, p. 29. Voir J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law*, *op. cit.*, p. 203 *sq.*



de sa théorie pure du droit, qu'un système mondial davantage centralisé est juridiquement possible<sup>21</sup>. Kelsen avait pris soin de souligner explicitement ce point dans les dernières pages de la première édition de la *Théorie pure du droit*<sup>22</sup>.

Si aucune contradiction ne peut donc lui être reprochée sur ce point, une certaine partialité serait néanmoins décelable si Kelsen ne s'était préoccupé que des erreurs de raisonnement juridique propagées par ses adversaires politiques. L'instrument critique qu'est la théorie pure du droit, tout en gardant sa cohérence, aurait ainsi été mis uniquement au service du projet politique<sup>23</sup>.

### ***B. La critique juridique des alliés politiques***

Les auteurs hostiles à un développement important des institutions mondiales ne sont pas les seuls à présenter leurs préférences politiques comme une description du droit. La plupart des discours contemporains sur le constitutionnalisme global se prêteraient très bien à la destruction kelsénienne. Certains membres de ce courant doctrinal tendent en effet à affirmer que l'identification du développement ou de l'existence d'une Constitution mondiale aurait des effets juridiques. Ainsi, l'introduction d'un concept doctrinal modifierait le droit positif. Il s'agit évidemment là d'une violation majeure des principes méthodologiques de Kelsen.

Dès lors, par exemple, que la Charte des Nations Unies est une Constitution, il convient de l'interpréter de manière à favoriser les buts dans lesquels elle a été créée, explique Thomas Franck<sup>24</sup>. De même, pour Anne Peters, le choix d'appeler « constitutionnels » certains éléments du droit inter-

---

<sup>21</sup> Voir B. FASSBENDER, « Rezension: Jochen von Bernstorff, Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler », art. cité, p. 300 *sq.*

<sup>22</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1<sup>o</sup> éd., *op. cit.*, p. 196 : « L'élimination du dogme de la souveraineté, principal instrument de l'idéologie impérialiste dirigée contre le droit international, est un des résultats les plus importants de la Théorie pure. Bien qu'il ait été acquis sans aucune intention politique, il peut avoir des répercussions dans le domaine de la politique. Il écarte en effet un obstacle, qui a pu paraître insurmontable, à tout développement technique du droit international, à toute tentative de le centraliser davantage. *La Théorie pure [...] facilite ainsi le développement d'une politique juridique qui a été entravée par des notions erronées ; mais cela ne signifie pas qu'elle justifie ou recommande une telle politique, car en tant que théorie elle ne saurait avoir de préférences politiques.* Ses effets possibles dans le domaine de la politique ne lui enlèvent pas son caractère de théorie pure. De même les sciences de la nature permettent seules à la technique de progresser, sans que ce soit là leur but et par le fait même qu'elles visent uniquement à la connaissance pure. En ce sens il est permis d'affirmer qu'en relativisant la notion de l'État et en fondant l'unité théorique de tout ce qui est juridique, la Théorie pure crée une condition essentielle pour parvenir à une unité politique du monde, dotée d'une organisation juridique centralisée » (je souligne).

<sup>23</sup> Selon B. FASSBENDER, c'est ce que Jochen von Bernstorff n'est pas loin d'affirmer. Voir B. Fassbender, « Rezension: Jochen von Bernstorff. Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler », art. cité, p. 301.

<sup>24</sup> T.M. FRANCK, « Is the U.N. Charter a Constitution? », in J. A. FROWEIN *e. a.*, *Verhandeln für den Frieden Negotiating for Peace. Liber Amirocum Tono Eitel*, Berlin, Springer, 2003, p. 102 *sq.*

national modifie l'interprétation du droit positif<sup>25</sup>. Les partisans du constitutionnalisme global plaident donc pour une certaine application du droit, fidèle à l'« esprit » plutôt qu'à la lettre de ces éléments constitutionnels.

Un membre de la « troisième École de Vienne<sup>26</sup> » a pu aisément livrer une critique kelsénienne de ce courant doctrinal<sup>27</sup>. Pour Kelsen, les énoncés normatifs permettent plusieurs interprétations, et la démarche scientifique consiste à les décrire. L'observateur ne saurait favoriser une interprétation particulière en raison de ses propres préférences politiques ou morales<sup>28</sup>. La simple utilisation d'un vocabulaire « constitutionnel » ne permet pas d'exclure certaines interprétations au profit d'autres. On ne peut pas modifier un système juridique simplement en affirmant qu'il présente des caractéristiques « constitutionnelles<sup>29</sup> ».

Les « constitutionnalistes globaux » ne se contentent pas de faire prévaloir une interprétation parmi celles qui sont envisageables. Il leur arrive aussi de préconiser une lecture erronée des textes de droit international. Ainsi, les considérations de Bardo Fassbender sur le caractère universel de la Charte lui permettent, affirme-t-il, d'expliquer que la Charte impose aux États tiers des obligations par l'intermédiaire de l'article 2(6)<sup>30</sup>. Cependant, cette disposition ne prévoit d'obligation qu'à l'égard de l'Organisation des Nations Unies, et non des États tiers<sup>31</sup>. Comme le remarque Jörg Kammerhofer, la démarche « constitutionnaliste » entrave la connaissance du droit positif plutôt que de l'améliorer<sup>32</sup>. La réponse consistant à suggérer que

---

<sup>25</sup> A. PETERS, « Global Constitutionalism Revisited », *International Legal Theory*, vol. 11, 2005, p. 64.

<sup>26</sup> On peut considérer qu'à la première École de Vienne autour de Kelsen a succédé une deuxième École avec pour chef de file Robert Walter. Aujourd'hui, le groupe le plus dynamique qui s'inscrit dans cette démarche me semble réuni autour de Matthias Jestaedt à Fribourg-en-Brisgau.

<sup>27</sup> J. KAMMERHOFER, « Constitutionalism and the Myth of Practical Reason: Kelsenian Responses to Methodological Problems », *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, p. 723-740.

<sup>28</sup> Voir par exemple H. KELSEN, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London, Stevens & Sons, 1951, p. XIII-XVII.

<sup>29</sup> C. TOMUSCHAT, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law*, Leiden, Recueil des Cours, n° 281, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 88.

<sup>30</sup> B. FASSBENDER, « The United Nations Charter as the Constitution of the International Community », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, p. 593 ; B. FASSBENDER, « Rediscovering a Forgotten Constitution: Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order », in J. L. DUNOFF et J. P. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 138. Voir dans le même sens T. FRANCK, « Is the U.N. Charter a Constitution? », *op. cit.*, p. 97.

<sup>31</sup> « L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales » (je souligne).

<sup>32</sup> J. KAMMERHOFER, « Constitutionalism and the Myth of Practical Reason: Kelsenian Responses to Methodological Problems », art. cité, p. 733. Voir aussi T. OPSAHL, « An "International Constitutional Law" », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10, 1961, p. 774 sq.

toute interprétation est légitime<sup>33</sup> est évidemment en contradiction totale avec les fondements de la démarche kelsénienne<sup>34</sup>.

Les tares méthodologiques du constitutionnalisme global ne se limitent pas à la question de l'interprétation. Ces auteurs assurent que certains éléments du droit international justifient une lecture constitutionnaliste, laquelle a pour effet de conférer des caractéristiques constitutionnelles au droit international. Cette démonstration circulaire<sup>35</sup> est liée au grand péché méthodologique selon Kelsen : le syncrétisme méthodologique<sup>36</sup>. La description, la prévision et la prescription sont constamment mélangées. Ce courant doctrinal traite indifféremment du droit tel qu'il est, tel qu'il sera, et tel qu'il devrait être. Ces trois postures peuvent parfaitement être accordées, à la manière de Kelsen : on peut examiner le droit international tel qu'il est, identifier certains défauts par rapport à un objectif moral ou politique, et proposer ensuite certaines évolutions, ou parier sur leur avènement. Une telle démarche ne serait évidemment pas critiquable, et les partisans du constitutionnalisme global affirment l'adopter. Ils ont néanmoins tendance à osciller constamment entre les différents tableaux, ce qui rend difficile la discussion de leurs idées<sup>37</sup>. Lorsque leur description est taxée d'irréalisme (prévision), ils assurent se contenter de proposer une évolution souhaitable (prescription)<sup>38</sup>. Lorsqu'un déficit démocratique est décelé dans leurs conceptions (prescription), ils expliquent mettre au jour des problèmes qui entachent actuellement la gouvernance globale (description). Enfin, à ceux qui craignent l'apparition d'un juge chargé de contrôler la Constitution globale (prescription), ils répondent qu'une telle évolution semble peu probable (prévision)<sup>39</sup>.

Les théories du « constitutionnalisme global » présentent donc des faiblesses méthodologiques et une perméabilité à l'idéologie qui se prêtent très bien à la critique kelsénienne. Or, si ces thèses doctrinales se sont largement développées récemment, elles ne sont pas non plus complètement nouvelles. Le cosmopolitisme juridique n'était certainement pas majoritaire dans la doctrine durant la vie de Kelsen, mais il existait et trouve son origine dans

---

<sup>33</sup> Voir A. PETERS, « Reconstruction constitutionnaliste du droit international : arguments pour et contre », in H. RUIZ-FABRI, E. JOUANNET et V. TOMKIEWICZ (dir.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 1, Oxford, Hart, 2008, p. 361 : la lecture « constitutionnaliste » est une forme d'interprétation. « Cette lecture du droit international ne revient donc pas à fausser le sens des normes qui seraient “objectivement” autre chose, mais présente une forme légitime d'interprétation ».

<sup>34</sup> Kelsen a certes peu insisté sur cette évidence. Voir en revanche notamment A. JULIUS MERKL, « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes » (1918), in A. JULIUS MERKL, *Gesammelte Schriften*, éd. D. Mayer-Maly, H. Schambeck et W.-D. Grussmann, vol. I/1, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 236 sq.

<sup>35</sup> N. WALKER, « Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law », *EUI Working Papers*, n° 2005/17, p. 10.

<sup>36</sup> J. KAMMERHOFER, « Constitutionalism and the Myth of Practical Reason: Kelsenian Responses to Methodological Problems », art. cité, p. 727 sq.

<sup>37</sup> Voir déjà T. OPSAHL, « An “International Constitutional Law”? », art. cité, p. 783.

<sup>38</sup> A. PETERS, « Reconstruction constitutionnaliste », art. cité, p. 366.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 370.

des écrits qui lui sont contemporains<sup>40</sup>. Georges Scelle, par exemple, insistait beaucoup sur l'existence d'une société et donc d'une constitution mondiales<sup>41</sup>. Si sa vision politique était proche, sur ce point, de celle de Kelsen<sup>42</sup>, son épistémologie du droit s'en distinguait fortement<sup>43</sup>. Or, Kelsen soumit bien les écrits de Scelle à une longue critique juridique<sup>44</sup>. Pour étayer sa thèse d'un usage sélectif et politiquement orienté de la déconstruction méthodologique kelsénienne, Jochen von Bernstorff tire parti du fait que Kelsen n'ait jamais procédé à la publication de ce texte, paru seulement de manière posthume<sup>45</sup>. Mais cette remarque est un peu courte pour pouvoir suggérer que Kelsen aurait épargné les thèses doctrinales qui lui convenaient politiquement. Il s'agit en effet d'une supposition parfaitement gratuite. Charles Leben donne d'ailleurs une autre explication :

En 1938, l'histoire est racontée dans la biographie [de Kelsen rédigée par] Rudolf A. Metall, Kelsen envoie à Georges Scelle un article d'une certaine de pages dactylographiées qui est une longue analyse critique de la doctrine de l'internationaliste français. Il lui demande, avant toute publication de sa part, de réagir sur l'article en question. Mais Scelle ne répond pas, et interrogé plus tard sur les raisons de son silence, il déclare qu'il n'a jamais reçu le texte de Kelsen. R. Metall ajoute que Kelsen ne put se résoudre à publier son travail sans avoir obtenu une réponse de Scelle. C'est ainsi qu'un texte doctrinal d'un grand intérêt, concernant deux des plus importants internationalistes de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle est resté longtemps inconnu<sup>46</sup>.

Si l'on n'est pas obligé de croire sur parole le biographe proche de Kelsen, on peut tout du moins conclure que les causes de la non-publication de la critique de Scelle ne sont pas établies<sup>47</sup>. Ce fait anecdotique ne permet

---

<sup>40</sup> Voir A. VON BOGDANDY, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006, p. 223, note 2.

<sup>41</sup> Voir par exemple G. SCELLE, « Le droit constitutionnel international », in C. PFISTER et J. DUQUESNE (dir.), *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 503-515. Voir aussi l'article de Benoît Frydman dans le présent volume.

<sup>42</sup> Le rapprochement entre les deux auteurs est fréquent. Voir par exemple A. VON BOGDANDY, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », art. cité, p. 223, note 2.

<sup>43</sup> Voir C.-M. HERRERA, « Georges Scelle et Hans Kelsen : la construction d'une doctrine internationaliste, entre science et politique », in C. APOSTOLIDIS et H. TOURARD, *Actualité de Georges Scelle*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2013, p. 39 ; E. JOUANNET, « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale », *La mondialisation entre illusion et l'utopie, Archives de philosophie du droit*, n° 47, 2003, p. 209 sq.

<sup>44</sup> H. KELSEN, « Droit et compétence. Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle », in H. KELSEN, *Controverses sur la théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 63-161.

<sup>45</sup> J. VON BERNSTORFF, *Der Glaube an das universale Recht*, op. cit., p. 129 ; J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory*, op. cit., p. 149.

<sup>46</sup> C. LEBEN, « Avant-propos », in H. KELSEN, *Controverses*, op. cit., p. 9.

<sup>47</sup> A. JAKAB, « Kelsen Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik », *ZaöR*, n° 64, 2004, p. 1055.

donc guère d'illustrer une orientation idéologique dans le choix par Kelsen de la cible de ses critiques. Pour écarter un peu plus ce reproche, on peut en outre remarquer que Kelsen s'est publiquement opposé pour des raisons méthodologiques à des auteurs dont la sensibilité politique était proche de la sienne. Andras Jakab donne l'exemple de Léon Duguit<sup>48</sup>, dont l'influence sur Georges Scelle est notoire<sup>49</sup>.

S'il est certain que Kelsen a critiqué les constructions pseudo-juridiques orientées par l'idéologie nationaliste, il ne semble donc pas qu'il ait utilisé l'outil de la théorie pure du droit à des fins exclusivement politiques. Nul ne peut affirmer qu'il aurait gardé le silence face aux approximations méthodologiques du « constitutionnalisme global » d'aujourd'hui. En effet, sa propre démarche différerait largement des courants doctrinaux actuels. Il n'a jamais renoncé à tous ses principes théoriques pour poursuivre son objectif politique.

## II. LES FRICTIONS ENTRE LA THÉORIE JURIDIQUE ET LE PROJET POLITIQUE

L'objectif scientifique d'une théorie pure du droit et le projet politique d'une société mondiale juridiquement organisée sont parfaitement compatibles, dès lors qu'ils se situent sur des plans différents. Néanmoins, deux types de contacts nocifs sont susceptibles de se produire. Il est possible, d'abord, que le projet politique fausse la théorie juridique (A). Certains assurent, ensuite, que certains aspects de la théorie du droit de Kelsen gênent son projet politique (B).

### A. Le projet politique gêne-t-il la théorie du droit ?

Même s'il assure que la séparation entre écrits juridiques et politiques est assez bien maintenue par Kelsen<sup>50</sup>, Jochen von Bernstorff laisse parfois entendre que le projet d'une société mondiale institutionnalisée est sous-jacent à la théorie pure du droit. De manière cachée ou inconsciente, les idées politiques de Kelsen influenceraient ses thèses juridiques<sup>51</sup>. On ne saurait entreprendre ici de passer au crible l'ensemble des écrits de Kelsen sur

---

<sup>48</sup> *Ibid.* Voir H. KELSEN, « Théorie du droit international coutumier » (1939), in H. KELSEN, *Écrits français de droit international*, *op. cit.*, p. 70 *sq.*, note 1. Deux auteurs remarquent néanmoins que, face à Duguit, Kelsen choisit la stratégie du « déni » et « ne fait guère référence à ses travaux » (J.-M. BLANQUER et M. MILET, *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 347). Voir aussi C.-M. HERRERA, « Duguit et Kelsen : La théorie juridique, de l'épistémologie au politique », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 329 *sq.*

<sup>49</sup> Voir G. SCELLE, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, p. 83-119 ; A. CASSESE, « Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (*dédoublé fonctionnel*) in International Law », *EJIL*, 1, 1990, p. 211.

<sup>50</sup> J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory*, *op. cit.*, p. 228 *sq.*

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 11. Voir C. KLETZER, « Pure Cosmopolitanism », art. cité, p. 506.

le droit international<sup>52</sup>. On choisira au contraire un exemple qui démontre de manière extrêmement claire comment Kelsen distingue l'analyse juridique des préférences politiques. Plutôt que d'insérer clandestinement ses opinions dans sa théorie du droit, il donne à voir les questions auxquelles la théorie du droit ne permet pas de répondre, et qui relèvent des choix personnels de chacun.

La théorie pure du droit, on le sait, s'efforce d'examiner le droit indépendamment de la morale et des faits<sup>53</sup>. Une norme juridique ne tire sa validité ni des comportements factuels, ni de sa conformité à la morale, mais d'une autre norme juridique. Cette régression conduit à une première norme dont la validité ne peut être établie par l'analyse juridique. Kelsen démontre que la seule manière de considérer un ensemble de normes comme le droit positif est de supposer la validité de cette première norme. La théorie pure du droit nomme cette supposition la « norme fondamentale » (*Grundnorm*)<sup>54</sup>.

Par ailleurs, Hans Kelsen considère qu'une science a besoin de concevoir son objet de manière unifiée, systémique, afin de pouvoir l'étudier<sup>55</sup>. Il défend donc une conception « moniste » du droit<sup>56</sup>. Le droit international et les droits nationaux ne sont que des sous-ensembles d'un unique système. La question se pose donc de savoir quel est le « point de départ » de ce système global, quelle est la norme qu'il convient de supposer valide afin de pouvoir en déduire la validité de toutes les autres normes du système. Autrement dit, le monisme implique de savoir quel système, du droit national ou international, est « supérieur », dès lors que l'on considère « supérieure » la norme dont dépend la validité d'une autre norme<sup>57</sup>.

On pourrait attendre d'un auteur engagé pour le développement du droit international qu'il déclare sans ambages la supériorité de ce dernier. Or, Kelsen se garde bien de pareille affirmation. Il explique clairement que la théorie du droit ne permet pas d'indiquer l'emplacement de la norme fondamentale. La supposition de validité du système juridique ne peut pas être justifiée juridiquement. Autrement dit, la théorie pure du droit n'affirme pas qu'un certain ordre normatif est valide, qu'il constitue le droit en vigueur.

---

<sup>52</sup> Pour une rapide vue d'ensemble, voir A. JAKAB, « Kelsen Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik », art. cité, p. 1045-1057.

<sup>53</sup> Voir H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2<sup>e</sup> éd., Baden-Baden, Nomos, 1990, p. 27 sq.

<sup>54</sup> Pour une présentation complète et détaillée de ce concept, voir M. JESTAEDT, « Geltung des Systems und Geltung im System. Wozu man die Grundnorm benötigt – und wozu nicht », *Juristen Zeitung*, 2013, p. 1009-1021.

<sup>55</sup> Voir par exemple H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, op. cit., p. 369 (105) : « das Postulat der Einheit der Erkenntnis » (le postulat de l'unité de la connaissance) (souligné par Kelsen).

<sup>56</sup> Voir O. PFERSMANN, « Contre le pluralisme mondialisationniste, pour un monisme juridique ouvert et différencié », in M. SENN e. a., *Recht und Globalisierung/Droit et mondialisation*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, p. 131.

<sup>57</sup> H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, op. cit., p. 383 (120).

Elle explique traiter cet ensemble comme supposément valide<sup>58</sup>. La science du droit ne peut s'efforcer d'*identifier* quel *est* le droit valide sur un territoire. Elle *décide* de considérer ainsi un ensemble de normes. Aucun élément de la théorie du droit n'impose un emplacement pour la norme fondamentale<sup>59</sup>.

Ce sont donc des critères externes à la théorie du droit qui devront guider l'observateur. Le principal élément relève de l'« économie de pensée » et a particulièrement été développé par Leonidas Pitamic<sup>60</sup>. Pour éviter que les analyses du juriste soient dénuées de la moindre pertinence pratique, il conviendra de choisir le système qui paraît généralement efficace dans une société. Du point de vue de la théorie du droit, n'importe quel système peut être supposé valide. Mais il convient, pour des raisons pratiques, du point de vue de l'« utilité » de l'entreprise, de choisir le système efficace<sup>61</sup>.

Pendant, ce critère de l'efficacité ne constitue en rien une obligation. Imaginons par exemple un gouvernement en exil qui poursuit son activité normative comme s'il était toujours « aux affaires ». Rien n'interdit en théorie de supposer valide ce système, et de décrire ces normes comme le droit en vigueur<sup>62</sup>. La supposition de validité n'est pas guidée par la théorie du droit et peut donc parfaitement suivre un motif politique. L'analyse du droit est politiquement neutre, mais le choix du système étudié peut très bien être justifié politiquement. Dès 1914, Kelsen soulignait cette liberté de choix du juriste<sup>63</sup>, qui a également été exprimée très clairement par son élève Verdross :

Il n'existe pas de chemin juridique qui puisse indiquer son point de départ au constructeur [c'est-à-dire : à celui qui interprète un ensemble de normes comme le droit en vigueur]. Il doit plutôt considérer d'emblée comme donnée une loi fondamentale, une base de construction composée d'énoncés normatifs, pour construire son édifice à partir d'elle. Mais cette supposition fondamentale est toujours extra-juridique, elle est une supposition qui ne peut être démontrée par la connaissance juridique. Ainsi apparaissent les limites de la connaissance juridique [...]. Il n'existe pas de moyen scientifique qui puisse démontrer au constructeur son point de départ [...]. D'un point de vue juridique, celui-ci relève plutôt de son

---

<sup>58</sup> R. WALTER, « Wirksamkeit und Geltung », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1961, p. 538. Voir aussi H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, op. cit., p. 196.

<sup>59</sup> H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, op. cit., p. 362 (96).

<sup>60</sup> L. PITAMIC, « Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft » (1917), in R. MÉTALL (dir.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Wien, Europaverlag, 1974, p. 297-322.

<sup>61</sup> Voir T. HOCHMANN, « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 105, 2016, p. 37-56.

<sup>62</sup> R. THIENEL, « Geltung und Wirksamkeit », in S. PAULSON et R. WALTER (dir.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86*, Wien, Manz, 1986, p. 31.

<sup>63</sup> Voir H. KELSEN, « Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung » (1914), republié in M. JESTAEDT (dir.), *Hans Kelsen Werke*, Bd 3, *Veröffentlichte Schriften 1911-1917* (désormais cité *HKW 3*), Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 371.

choix<sup>64</sup>.

Si Kelsen n'a pas toujours été parfaitement clair sur ce point, en donnant parfois l'impression de faire du critère de l'efficacité une obligation théorique<sup>65</sup>, il a particulièrement insisté sur l'aspect politique de la supposition de validité à propos du droit international. La théorie pure du droit, explique-t-il, ne permet pas de trancher entre la primauté du droit national et celle du droit international. On peut choisir de concevoir le système en partant de la Constitution d'un État. La validité du droit international sera alors déduite des normes du droit national. On peut décider à l'inverse de supposer la validité du droit international, et identifier les normes internationales qui permettent la création des normes nationales. Du point de vue théorique, les deux solutions sont acceptables<sup>66</sup>. L'observateur est face à un choix d'hypothèses de départ<sup>67</sup>.

Or, ce choix, l'observateur aura tendance à le déterminer selon ses préférences politiques, sa manière de voir le monde<sup>68</sup>. Le pacifiste choisira la primauté du droit international, tandis que l'impérialiste choisira la primauté de son droit national<sup>69</sup>.

L'unité juridique de *l'humanité*, qui n'est divisée en *États* plus ou moins arbitrairement formés que de manière provisoire et nullement définitive, la *civitas maxima* comme *organisation du monde* : voilà le noyau poli-

---

<sup>64</sup> A. VERDROSS, « Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie », *Juristische Blätter*, 1916, p. 123. Voir M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde », art. cité, p. 199 : « la raison véritable [...] d'un commencement scientifique » « n'est plus scientifiquement justifiable ».

<sup>65</sup> Voir T. HOCHMANN, « Retour en Rhodésie », art. cité, p. 37 sq.

<sup>66</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit* [1962], 2<sup>e</sup> éd., Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1999, p. 322.

<sup>67</sup> Cet aspect de la théorie kelsénienne est étrangement appelé parfois l'« hypothèse du choix » (*Wahlhypothese, choice hypothesis*). Voir J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory, op. cit.*, p. 104 sq. ; C. KLETZER, « Pure Cosmopolitanism », art. cité, p. 707 sq. Il s'agit en réalité plutôt d'un « choix de l'hypothèse » : il revient à l'observateur de choisir l'hypothèse, la supposition de validité à partir de laquelle il va considérer l'ensemble du système. Voir H. KELSEN, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, p. 446 : « *In our choice between the two hypotheses* » ; H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität, op. cit.*, p. 567 (314) : la primauté du droit national et la primauté du droit international sont « deux présuppositions de la connaissance du droit », « deux hypothèses épistémologiques » (« *Die beiden hier entwickelten Thesen, die vom Primate der staatlichen Rechtsordnung und jene vom Primate des Völkerrechts sind – als zwei verschiedene Voraussetzungen der Rechtserkenntnis – erkenntnistheoretische Hypothesen* » (souligné par Kelsen). Voir aussi A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1923, p. 77 : « die Wahl der "Hypothese der Ursprungsnorm" » (je souligne). Pour désigner la « *Wahlhypothese* », Verdross parlait plus justement d'une « possibilité de choix » (*Wahlmöglichkeit*) (*ibid.*, p. 76).

<sup>68</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> éd., Vienne, Franz Deuticke, 1960, p. 343 : « Rechtsanschauung und Weltanschauung » ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 332. La traduction retenue par Eisenmann (« philosophie générale » pour « Weltanschauung ») n'est pas optimale.

<sup>69</sup> H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität, op. cit.*, p. 569 sq. (317 sq.) ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 332 sq.



*tique* de l'hypothèse juridique de la primauté du droit international, qui est aussi la pensée fondamentale du *pacifisme* qui, sur le terrain de la politique internationale, représente l'inverse de l'impérialisme<sup>70</sup>.

On le voit, Kelsen ne laisse guère de doute sur l'hypothèse qui a sa préférence<sup>71</sup>. Mais l'important est justement qu'il rend explicite le caractère politique de son choix. Jamais il ne le présente comme une conclusion imposée par la théorie du droit ou par le droit positif. Il donne son opinion sans la présenter comme une donnée juridique, et respecte donc parfaitement ses postulats méthodologiques<sup>72</sup>. La théorie du droit demeure ici imperméable aux convictions politiques : lorsque se présente une question à laquelle elle ne peut répondre et qui renvoie à des choix politiques, elle se contente de l'indiquer. Von Bernstorff lui-même en convient, mais présente ces développements comme une stratégie rhétorique de Kelsen visant à décrédibiliser la thèse de la primauté du droit national<sup>73</sup>. Pourtant, si tel avait été le but premier de Kelsen dans ses écrits de théorie du droit, il aurait sans doute été plus efficace de présenter la primauté du droit international comme une nécessité scientifique<sup>74</sup>. On peut dès lors se demander si la rigueur méthodologique de Kelsen ne constitue pas un frein à la promotion de son projet politique.

### **B. La théorie du droit gêne-t-elle le projet politique ?**

Un mot rapide doit être dit pour commencer de la « légende du positivisme », selon laquelle le positivisme empêcherait les juristes de critiquer une loi injuste et entraînerait l'obéissance passive au nazisme<sup>75</sup>. C'est bien sûr l'inverse qui est vrai : dès lors que le droit est distingué de la morale, il devient possible de critiquer le droit pour des raisons morales ou politiques. Le positivisme de Kelsen ne l'empêche donc nullement de se livrer, dans ses écrits politiques, à une critique des normes en vigueur<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, *op. cit.*, p. 571 (319).

<sup>71</sup> M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 240.

<sup>72</sup> A. JAKAB, « Kelsen Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik », art. cité, p. 1054.

<sup>73</sup> J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>74</sup> La thèse n'était pas indéfendable, et l'a été par d'éminents membres de l'École de Vienne. Voir J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory*, *op. cit.*, p. 105 ; E. LAGRANGE, « Retour sur un classique : A. Verdross, « Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926 », *R.G.D.I.P.*, 2008, n° 4, p. 973-984. Voir en particulier J. KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, *op. cit.*, p. 81-83 ; A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, *op. cit.*, p. 83 sq.

<sup>75</sup> Sur le rôle de cette légende dans la mise à l'écart de la théorie pure du droit dans l'Allemagne d'après-guerre, voir F. GÜNTHER, « "Jemand, der sich schon vor fünfzig Jahren selbst überholt hatte". Die Nicht-Rezeption Hans Kelsens in der bundesdeutschen Staatsrechtslehre der 1950<sup>er</sup> und 1960<sup>er</sup> Jahre », in M. JESTAEDT (dir.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>76</sup> Ce point est contesté par M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, *op. cit.*, p. 248 sq.

Mais à l'égard du droit international, le principal reproche fait à Kelsen est ailleurs. En acceptant au moins sur un plan théorique la primauté du droit national, explique von Bernstorff, Kelsen relativise la thèse de la primauté du droit international, cruciale pour lutter contre la doctrine traditionnelle et stato-centrée<sup>77</sup>. Son effort de cohérence théorique le conduit à cette « concession<sup>78</sup> ». Présenter la primauté du droit international comme un choix arbitraire affaiblit Kelsen politiquement, ajoute Martti Koskenniemi qui formule aussi l'idée de manière imagée mais puissante : le prix à payer par Kelsen pour sa critique de la doctrine traditionnelle a été l'« émascation » de sa politique<sup>79</sup>.

Pour cette raison peut-être, la doctrine en général et le mouvement du « constitutionnalisme global » en particulier ne s'embarrassent guère de soucis épistémologiques. Après tout, lorsque l'on poursuit un objectif politique, tous les moyens sont bons. Pourquoi vouloir s'imposer avec Hans Kelsen de fortes contraintes scientifiques ? Adopter sa démarche conduit à une « auto-limitation » de la doctrine : le souci de rigueur méthodologique limite de manière importante ce que l'on peut affirmer *en tant que juriste*. Kelsen est un « empêqueur de tourner en rond », il gêne les prétentions de la doctrine<sup>80</sup>. Il lui pose ouvertement la question qu'elle préférerait éviter : est-elle prête à sacrifier son influence à sa scientificité<sup>81</sup> ? Rares sont ceux qui, avec Kelsen, répondent positivement. On comprend aisément le constat d'Otto Pfersmann : « Le rêve scientifique est abandonné s'il n'est pas considéré comme naïf ou simple d'esprit<sup>82</sup> ».

Néanmoins, il est permis de se demander si la rigueur méthodologique de Kelsen n'a pas plutôt eu pour effet de renforcer son projet politique. Ses thèses militantes auraient-elles été plus fermement établies s'il avait présenté ses souhaits politiques comme la situation juridique existante ou, à tout le moins, inéluctable ? Rien n'est moins sûr. Von Bernstorff remarque que la retenue que s'impose Kelsen l'empêche d'interpréter le droit de manière « constructive » pour le rendre conforme à ses idées juridico-politiques<sup>83</sup>. Mais il n'est pas sûr qu'en présentant comme une vérité des interprétations discutables, Kelsen serait parvenu à donner beaucoup de poids à son propos. Au contraire, l'effort de rechercher les différentes interprétations possibles

---

<sup>77</sup> J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>79</sup> M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, *op. cit.*, p. 247 sq. Matthias Jestaedt emploie une expression aux mêmes connotations : « *Selbstbeschneidung* ». M. JESTAEDT, « Der Staatsrechtslehrer Hans Kelsen – Provokateur aus Leidenschaft. Vier Schlaglichter auf ein Jahrhundert wechselvoller Beziehung », in M. JESTAEDT (dir.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>80</sup> M. JESTAEDT, « Der Staatsrechtslehrer Hans Kelsen », art. cité, p. 6.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>82</sup> O. PFERSMANN, « Contre le pluralisme mondialisationniste, pour un monisme juridique ouvert et différencié », *op. cit.*, p. 131.

<sup>83</sup> J. VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 228.

confère davantage de force à ses critiques<sup>84</sup>. Ce n'est sans doute pas un hasard si Kelsen ouvre son commentaire de la Charte des Nations Unies par un rappel de ses thèses sur l'interprétation<sup>85</sup>.

Ainsi, il semble plutôt qu'en se coupant les jambes, il casse celles de ses adversaires : Hans Kelsen est un kamikaze. Il a sans doute bien plus apporté, y compris à son projet politique, en critiquant les positions de ses adversaires qu'en développant une « lecture constitutionnaliste » du droit international. L'auteur qui abandonne toute rigueur, qui considère que la doctrine peut modifier le droit, n'a pas grand-chose à opposer à ses adversaires idéologiques. Dès lors que le désaccord est politiquement motivé, il faut bien se résoudre au différend : aux « arguments purement politiques, [...] on peut toujours opposer des arguments contraires de même nature<sup>86</sup> ». En se cantonnant, dans ses écrits juridiques, à démasquer les idéologies plutôt que d'y substituer les siennes, Kelsen rend son réquisitoire beaucoup plus puissant. Sa cohérence théorique renforce sa critique des positions doctrinales dominantes. La destruction qu'il opère ne peut en effet être écartée en se contentant d'invoquer un désaccord politique.

Autrement dit, si l'on peut aujourd'hui si aisément construire des théories mondialistes politiquement motivées, qui s'encombrent peu de soucis méthodologiques, c'est peut-être en partie grâce au « sacrifice » de Kelsen. En sachant maintenir une certaine étanchéité entre sa théorie du droit et son projet politique, il a durablement fragilisé les constructions doctrinales qui camouflaient une idéologie nationaliste. Il a ainsi ouvert la voie aux auteurs qui se revendiquent du « constitutionnalisme global ».

### **Thomas Hochmann**

*Thomas Hochmann est professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne. Il est directeur adjoint du Centre de Recherche Droit et Territoire (CRDT).*

---

<sup>84</sup> Bien sûr, cet effort n'est pas toujours couronné de succès. Voir S. PAULSON, « Formalism, “Free Law”, and the “Cognition” Quandary : Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation », *University of Queensland Law Journal*, 2008, p. 27 sq. Mais le fait qu'on puisse critiquer une interprétation mentionnée par Kelsen ou lui reprocher un oubli ne change rien au fait que l'effort de rechercher différentes interprétations assure au propos une solidité dont le priverait la prétention d'établir l'unique manière de comprendre les textes applicables.

<sup>85</sup> H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, *op. cit.*, p. XIII-XVII. Pour une présentation en français des thèses (restreintes) de Kelsen sur l'interprétation, voir T. HOCHMANN, « Y a-t-il une loi dans ce tribunal ? “Radicalisation autodestructrice” à propos de l'interprétation », in A. ARZUMANOV, J. SARFATI-LANTER et A. LATIL (dir.), *Le démon de la catégorie. Retour sur la qualification en droit et en littérature*, Paris, Mare et Martin, 2017, p. 30-34.

<sup>86</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1<sup>o</sup> éd., *op. cit.*, p. 196.



Pierre Auriel

LA DÉMOCRATIE AU-DELÀ DE L'ÉTAT  
LA NÉCESSITÉ D'UNE CONSTITUTION INTERNATIONALE ET EUROPÉENNE  
DANS L'ŒUVRE DE JÜRGEN HABERMAS\*

Dans le projet habermassien, la constitutionnalisation du droit international ou de l'Union européenne a un objet précis : l'établissement des conditions d'une activité politique démocratique à l'échelle internationale ou européenne<sup>1</sup>. L'activité politique ne se réfère pas ici à la simple existence d'une société civile globale qui, par son militantisme, parviendrait à influencer le droit international, mais bien à une activité politique conventionnelle, institutionnalisée, similaire à celle présente à l'intérieur des États<sup>2</sup>. Les origines de l'émergence de ce thème dans l'œuvre de Habermas sont doubles. D'abord, la relecture du *Projet de paix perpétuelle* d'Emmanuel Kant à l'occasion de son bicentenaire a provoqué la réflexion de Habermas dans le champ du droit international et son devenir cosmopolitique<sup>3</sup>. Reprenant les étapes du raisonnement kantien, Habermas parvient à une reformulation du projet cosmopolitique à l'aune des évolutions du monde actuel. Cette reformulation a fait l'objet de nombreux com-

---

\* Ce texte était initialement une partie d'une intervention à deux voix prononcée avec Gabriel Bibeau-Picard. Nous avons alors confronté deux conceptions de la constitutionnalisation du droit international, celle de Hersch Lauterpacht et de Jürgen Habermas. La version finale de ce texte doit beaucoup à la conversation de Gabriel Bibeau-Picard et à ses conseils avisés. En outre, je remercie les organisateurs de ce colloque, les professeurs Manon Altwegg-Boussac et Denis Baranger de nous avoir invités à y participer, ainsi qu'Élodie Djordjevic, Mathilde Unger et Camille Moisan pour la qualité de leur relecture et de leurs remarques qui m'ont permis de considérablement clarifier le contenu de ma démonstration en ciblant son enjeu.

<sup>1</sup> Dans le cadre de cet article, les constitutionnalisations du droit international et de l'Union européenne seront traitées comme étant des problèmes identiques. Dans la mesure où les prémisses conceptuelles de ces deux phénomènes sont identiques et qu'il s'agit ici d'étudier ces prémisses, il n'est pas nécessaire de les distinguer. Cependant, l'essentiel des éléments seront tirés des articles relatifs à la constitutionnalisation de l'Union européenne en raison du fait qu'ils ciblent mieux la nécessité d'une démocratie hors de l'État.

<sup>2</sup> L'idéal d'une « *citizen diplomacy* » – pour reprendre l'expression de Jody Williams – émerge avec la campagne pour le bannissement des mines antipersonnelles ayant abouti à la Convention d'Ottawa sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnelles et sur leur destruction, signée les 3 et 4 décembre 1997 (J. WILLIAMS, « Special Comment », *Forum Disarmement*, 1999, n° 4, p. 3-5, p. 4.) Mais cette convention est aussi l'unique produit réel d'un militantisme global détaché des formes institutionnelles étatiques. L'influence des ONG militantes se situe toujours largement au sein de cadres étatiques ou inter-étatiques. Sur ce point, voir J.-M. CHASLES, « D'Ottawa à Dublin : émergence et déclin d'un nouveau modèle de négociations », *Annuaire français des relations internationales*, vol. 11, 2010, p. 695-708.

<sup>3</sup> V. PRATT, *Pour une philosophie du droit international : Nuremberg, les droits de l'homme et le cosmopolitisme*, Thèse de doctorat, sous la direction de Heinz Wismann, École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2012.

mentaires, et l'idéal cosmopolitique habermassien est désormais une référence explicite dans l'œuvre de plusieurs intellectuels travaillant sur les questions internationales ou européennes<sup>4</sup>.

La seconde raison est interne à l'œuvre de Habermas. Dans les premières œuvres habermassiennes concernant les questions politiques – notamment *Raison et légitimité* – est présent l'énonciation du risque d'une dépolitisation de citoyens devenus apathiques, incapables de prendre part à un processus décisionnel public et qui se réfugient dans la sphère privée. En l'absence d'un processus d'intégration sociale, seule subsiste une addition d'individus atomisés incapables d'agir politiquement. La raison de cette situation serait la rationalisation économique et l'éclatement de l'unité culturelle en raison de la différenciation sociale déjà diagnostiquée par Max Weber. Pour Habermas, le monde vécu (*Lebenswelt*) grâce auquel se réalise la communication quotidienne permettrait l'existence d'une normativité toujours présente, bien que souvent insaisissable. Cette normativité produit une intégration sociale minimale suffisante pour le fonctionnement d'une société<sup>5</sup>.

Dans *Droit et démocratie*, la théorie de l'agir communicationnel est étendue à d'autres contextes d'argumentation et en particulier, au droit. Cela conduit Habermas à soulever un autre aspect du problème politique qui est celui de la légitimité du droit. À partir des conclusions de la théorie de l'agir communicationnel, le premier chapitre de cet ouvrage établit l'existence d'une tension interne au droit entre facticité et validité. Pour simplifier, « le droit moderne consiste en un système de normes positives contraignantes

---

<sup>4</sup> La littérature discutant les thèses habermassiennes relatives au cosmopolitisme est particulièrement riche. Outre la thèse déjà mentionnée de Valéry Pratt, doivent être cités U. BECK, « Réinventer l'Europe. Une vision cosmopolite », *Cultures & Conflits*, 2007, n° 68, p. 17-29 ; S. BENHABIB, *Another Cosmopolitanism*, Oxford, New-York, Oxford University Press, 2006 ; C. CORRADETTI, « Kant's Legacy and the Idea of a Transitional *Jus Cosmopolitanum* », *Ratio Juris*, vol. 29, n° 1, 2016, p. 105-121 ; P. DE GREIFF, « Habermas on Nationalism and Cosmopolitanism », *Ratio Juris*, vol. 15, n° 4, 2015, p. 418-438 ; A. DUPEYRIX, *Habermas, citoyenneté et responsabilité*, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'Homme, 2012 ; J.-M. FERRY, *La Question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000 ; J.-M. FERRY, *Europe, la voie kantienne : essai sur l'identité postnationale*, Paris, les Éditions du Cerf, 2006 ; R. FINE et W. SMITH, « Jürgen Habermas's Theory of Cosmopolitanism », *Constellations*, vol. 10, n° 4, 2003, p. 469-487 ; J. LACROIX, « Patriotisme constitutionnel et identité postnationale chez Jürgen Habermas », *Débats philosophiques*, 2002, p. 133-160 ; J. LACROIX, *L'Europe en procès : Quel patriotisme au-delà des nationalismes ?*, Paris, Éditions du Cerf, 2004 ; L. LOURME, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, PUF, 2012 ; L. LOURME, *Le nouvel âge de la citoyenneté mondiale*, Paris, PUF, 2014 ; L. LOURME et M. FOESSEL, *Cosmopolitisme et démocratie*, Paris, PUF, 2016, p. 102 ; D. HELD, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford University Press, 1995 ; D. HELD, *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*, Cambridge, Malden, Polity, 2010 ; A. SOMEK, *The Cosmopolitan constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014 ; M. UNGER, *Les frontières de la justice sociale. Les théories de la justice mondiales au prisme de l'Union Européenne*, Thèse de doctorat, sous la direction de J.-F. Spitz, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2016.

<sup>5</sup> I. AUBERT, *Habermas. Une théorie critique de la société*, Paris, CNRS Éditions, 2015, p. 162 sq. Sur les origines du thème du droit dans l'œuvre de Habermas, voir aussi W. SCHEUERMAN, « Capitalism, Law, and Social Criticism », *Constellations*, vol. 20, 2013, p. 571-586.

qui ont à tout le moins la prétention de garantir la liberté<sup>6</sup> ». Le droit suppose un appareil étatique apte à le faire respecter quitte à faire usage de la force, mais cette effectivité du droit va de pair avec une prétention à garantir la liberté, c'est-à-dire à être légitime. Le centre de *Droit et démocratie* est l'étude des moyens de fonder cette légitimité dans une société pluraliste traversée par des visions du monde radicalement distinctes. Adoptant des références kantienne et rousseauistes, Habermas assimile la liberté à l'autonomie des citoyens et la démocratie au principe d'autolégislation c'est-à-dire à la possibilité pour les destinataires d'une norme de s'en concevoir comme étant les auteurs<sup>7</sup>. *Droit et démocratie* expose alors les conditions qu'un ordre juridique doit remplir pour respecter ce principe et ainsi être légitime.

Rédigées dans un cadre étatique, les conditions de la légitimité du droit développées dans *Droit et démocratie* ont été confrontées aux évolutions du monde contemporain. Les risques écologiques ne respectant plus aucune frontière, la mobilité des capitaux limitant l'effectivité du contrôle fiscal de l'État, l'émergence d'entreprises globales dont les comportements échappent à la souveraineté des États, les mouvements migratoires de masse ou l'émergence d'un terrorisme mondialisé sont autant de phénomènes que l'État ne serait plus capable de contrôler<sup>8</sup>. Or l'effectivité du contrôle opéré par le système politique étatique était une condition centrale de la garantie de la liberté. L'autonomie des citoyens suppose l'autonomie publique c'est-à-dire le fait de prendre « part aux discussions publiques qui permettent de faire valoir [leurs] besoins et de définir [leurs] droits<sup>9</sup> ». Toutefois, si les citoyens prennent effectivement part à la prise de décision démocratique mais que l'État démocratique cesse d'être capable de contrôler ces phénomènes, l'autonomie des citoyens devient vaine. Ils sont condamnés à subir les évolutions des réalités économiques, géopolitiques ou sociales. En particulier, l'indépendance de plus en plus grande du système financier et économique vis-à-vis du système politique laisse les citoyens face à un choix : soit accepter de s'adapter « sans perspectives aux impératifs de la concurrence économique<sup>10</sup> », soit chercher les moyens de contrôler à nouveau ce système financier et économique et de redevenir « capable d'entreprendre une transformation clairement orientée de la société<sup>11</sup> ». Ramener ces phénomènes à l'échelle d'un État étant désormais illusoire – et même opposé au sens de l'histoire constituée selon Habermas d'une série d'« ouvertures et de ferme-

---

<sup>6</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 477.

<sup>7</sup> Ce postulat ne sera pas discuté ici bien qu'il existe des façons différentes de concevoir la démocratie. *La démocratie sans démos* de Catherine Colliot-Thélène par exemple, repose sur une relecture réfutant cette assimilation de l'autolégislation et de la démocratie (C. COLLIOT-THÉLÈNE, *La démocratie sans démos*, Paris, PUF, 2011.)

<sup>8</sup> J. HABERMAS, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, trad. fr. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 2013, p. 58-78.

<sup>9</sup> A. DUPEYRIX, *Comprendre Habermas*, Paris, Armand Colin, 2009. Voir I.A.

<sup>10</sup> J. HABERMAS, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, op. cit., p. 49.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 45.

tures des formes de vie fondées sur l'intégration sociale<sup>12</sup> » et tendant nécessairement à l'extension de l'horizon des activités humaines –, le seul moyen de résoudre cette impuissance causée par la mondialisation est de reconstruire un système politique démocratique à l'échelle de ces réalités.

L'objet de cet article est de montrer que l'idée d'une constitutionnalisation du droit international ou de l'Union européenne est un déplacement de la théorie habermassienne de la démocratie au-delà de l'État. Cela suppose d'établir d'abord que la constitution est dans l'œuvre habermassienne la forme juridique des conditions de l'autolégislation. Constitution et démocratie sont intimement liées et cette liaison permet de saisir le contenu d'une constitution : il s'agit des conditions institutionnelles d'une activité politique démocratique (I). Ce concept de constitution dégagé, il est alors possible d'étudier les raisons de la nécessité d'une constitutionnalisation du droit international ou de l'Union européenne. Cette nécessité vient d'un constat simple : l'autonomie des citoyens, la démocratie, n'a aucun sens si elle ne fait que légitimer un État incapable de contrôler les phénomènes globaux. La constitutionnalisation du droit international ou de l'Union européenne vise donc à rechercher les conditions d'un droit permettant un tel contrôle et une modification politiquement orientée de cette nouvelle réalité. Construire une démocratie au-delà de l'État apparaît comme une nécessité. La constitutionnalisation au-delà de l'État n'est que la forme juridique de cette exigence pratique (II).

## I. LA CONSTITUTION COMME CONDITIONS INSTITUTIONNELLES D'UNE ACTIVITÉ POLITIQUE DÉMOCRATIQUE

Concevoir la constitution comme s'identifiant aux conditions institutionnelles d'une activité politique démocratique suppose d'analyser deux questions. D'abord, le contenu d'une constitution à partir du concept de démocratie. La légitimation du droit dans une société démocratique repose dans l'œuvre de Habermas, sur le principe d'autolégislation. La constitution étant le « concept *juridique* de l'autolégislation<sup>13</sup> », il est possible de caractériser le contenu de la constitution à partir des exigences nécessaires à la réalisation de l'autolégislation (A).

Mais une autre question doit aussi être envisagée. Le droit est le médium d'une transformation par le pouvoir politique du reste de la société. Si le pouvoir politique ne dispose pas d'un tel médium, la réalisation de l'autonomie des citoyens par les citoyens est vaine. Il est donc nécessaire que le droit puisse être modifié par le pouvoir politique et que le droit produit ait une incidence concrète sur la réalité afin que le principe d'autolégislation ne soit pas un idéal vain. Ce problème apparaît notamment dans la controverse qui oppose Habermas à Niklas Luhmann (B). De prime abord annexe par rapport au problème de la constitutionnalisation du droit international, cette question traduit un enjeu central pour Habermas : celui de l'effectivité de l'autonomie des citoyens. C'est à partir de cette exigence

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 46.



d'effectivité que peut être conçue la nécessité d'une constitution du droit international ou de l'Union européenne.

### A. La constitution comme concept juridique de l'autolégislation

La transposition des conclusions de la *Théorie de l'agir communicationnel* au champ du droit conduit Habermas à identifier la démocratie avec l'autolégislation et l'autonomie des citoyens<sup>14</sup>. L'autolégislation est le fait que « ceux qui sont soumis au droit en tant que destinataires se pensent aussi comme les auteurs du droit<sup>15</sup> ». L'objet des chapitres 3 et 4 de *Droit et démocratie* est la reconstruction d'un système de droit rationnel incluant les éléments nécessaires pour l'établissement d'un ordre juridique légitime, c'est-à-dire d'un ordre qui garantit l'autonomie des citoyens. Il ne s'agit donc pas de décrire le contenu d'un ordre juridique positif, mais bien d'établir un test contre-factuel permettant d'établir si un ordre juridique est légitime<sup>16</sup>. Or, la constitution étant définie par Habermas comme étant « le concept *juridique* d'autolégislation<sup>17</sup> », il est possible d'identifier le contenu de la constitution avec ce système de droit rationnel.

Le premier aspect du système de droit rationnel qu'élabore Habermas – et donc le premier aspect de la constitution – est le système des droits. Le contenu exact de ce système ne peut être compris qu'à partir de la dualité de l'autonomie chez Habermas : cette dernière est à la fois une autonomie privée (les droits individuels tels que définis dans la tradition libérale) et une autonomie publique (la souveraineté populaire telle que définie dans la tradition républicaine<sup>18</sup>). Cette dualité issue des lectures de Rousseau et de Kant conduit immédiatement à une difficulté concernant la relation entre ces deux types d'autonomie. En effet, la liaison entre ces deux pôles peut être interprétée selon deux logiques opposées.

D'abord, l'autonomie privée – les droits de l'homme – peut être conçue comme première, « prépolitique<sup>19</sup> », car ces droits sont « fondés dans l'autonomie morale des individus<sup>20</sup> ». Dans cette logique – libérale –, les droits de l'homme justifient le recours à une forme démocratique de l'État en ce qu'elle est la plus susceptible de respecter l'autonomie privée des citoyens, mais ils impliquent aussi des limites à l'action du gouvernement démocratiquement établi<sup>21</sup>. Mais il est également possible de considérer

---

<sup>14</sup> Sur ce point particulièrement complexe, voir I. AUBERT, *Habermas. Une théorie critique de la société*, op. cit., p. 362 et sq.

<sup>15</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 138. Les fondations théoriques de ce rapprochement reposent sur le fait que le principe démocratique – c'est-à-dire le principe d'autolégislation – serait le produit de « l'intrication du principe de la discussion et de la forme juridique » (*ibid.*, p. 139). Sur le sujet, voir I. AUBERT, *Habermas. Une théorie critique de la société*, op. cit., p. 335 sq.

<sup>16</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 10.

<sup>17</sup> J. HABERMAS, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, op. cit., p. 46.

<sup>18</sup> I. AUBERT, *Habermas. Une théorie critique de la société*, op. cit., p. 372.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 375.

<sup>20</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 109.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 116.

l'autonomie publique comme disposant d'une « valeur propre, non instrumentalisable<sup>22</sup> » et qui, partant, n'a pas à être limitée par une autre relativement à laquelle elle serait le simple moyen. Dans ce cas, les droits de l'homme ne sont que le produit de la définition par la communauté de ce qu'elle, un résultat de l'organisation politique des citoyens et ils ne peuvent dès lors, limiter ces décisions fondamentales du corps politique<sup>23</sup>.

Deux conceptions de la relation entre autonomies privée et publique, entre droits de l'homme et démocratie existent donc dans la tradition politique moderne : l'une est libérale et l'autre républicaine. L'une et l'autre se caractérisent par l'établissement d'une relation unilatérale entre les deux pôles : soit les droits de l'homme produisent et limitent la souveraineté populaire, soit la souveraineté populaire produit et limite les droits individuels.

Habermas élabore un paradigme procédural du droit caractérisé par la thèse de la co-originarité de l'autonomie privée et de l'autonomie publique. Loin de rechercher une relation hiérarchique entre les deux autonomies, il considère que les droits de l'homme et la souveraineté populaire « expriment les traits complémentaires de la liberté : si le contenu d'un droit dépend d'un acte d'autodétermination, cette dernière n'est possible que grâce à l'existence de certaines libertés<sup>24</sup> ». Il n'y a pas opposition entre ces deux principes, mais ils sont au contraire des « conditions de possibilité réciproque<sup>25</sup> ». Le résultat de cette analyse est la description d'un système normatif sous forme d'un catalogue de droits – qu'il n'est pas nécessaire de détailler ici<sup>26</sup> – que les individus doivent se reconnaître les uns les autres pour permettre l'autolégislation et donc l'autonomie des citoyens.

Cependant, la constitution ne se limite pas à ce système de droits. C'est l'objet du chapitre 4 que de décrire un second aspect : les principes de l'État de droit. Le système des droits apparaît en effet comme incomplet et instable. Qu'il soit rendu permanent suppose « la création ou l'utilisation d'un pouvoir d'État<sup>27</sup> ». La liaison du droit et de la politique est nécessaire, car « l'État est nécessaire en tant que pouvoir qui sanctionne, organise et exécute, à la fois parce qu'il faut faire respecter des droits, parce que la communauté juridique a besoin d'une force qui stabilise son identité et d'une justice organisée, et parce que la formation de la volonté politique débouche

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> I. AUBERT, *Habermas. Une théorie critique de la société*, *op. cit.*, p. 374.

<sup>25</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 484.

<sup>26</sup> La réconciliation des droits de l'homme et de la souveraineté populaire dans un paradigme procéduraliste a été particulièrement discutée. Voir en particulier R. ALEXY, « Basics Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of the Law », *Ratio Juris*, vol. 7, n° 2, 1994, p. 227-238 ; I. AUBERT, *Habermas. Une théorie critique de la société*, *op. cit.*, p. 362 *et sq.* ; M. ROSENFELD, « Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas' Proceduralist Paradigm of Law », in M. ROSENFELD et A. ARATO (dir.), *Habermas on Law and Democracy*, Berkeley, University of California Press, 1998, p. 82-111.

<sup>27</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 151.

sur des programmes qu'il faut implémenter<sup>28</sup> ». Il s'agit alors de décrire les conditions d'une organisation de l'État et en particulier, de l'Administration conforme aux exigences du principe d'autolégislation. Concrètement, cela signifie l'exigence d'une justice indépendante, d'une soumission de l'administration au pouvoir judiciaire et législatif, ainsi que la séparation de l'État et de la société<sup>29</sup>. Ce dernier point vise notamment à éviter une « prise directe du pouvoir social sur le pouvoir administratif<sup>30</sup> », c'est-à-dire l'hypothèse selon laquelle une partie du corps social disposerait d'un lien privilégié avec le pouvoir. Au contraire, les structures politiques doivent s'assurer que chacun puisse participer également à la prise de décision<sup>31</sup>.

La lecture des chapitres 3 et 4 conduit donc à une description particulièrement riche du système de droit rationnel permettant l'autolégislation et, partant, du contenu de la constitution. Cela renvoie aussi bien à la protection des droits qu'à l'organisation du pouvoir administratif (la bureaucratisation) qui permet un agir collectif<sup>32</sup> et la séparation des pouvoirs. Un dernier aspect doit être ajouté : celui de la solidarité des citoyens<sup>33</sup>. Ce point apparaît nettement dans les écrits relatifs à la constitutionnalisation du droit international et de l'Union européenne où la question de cette solidarité devient problématique. En particulier, Habermas relève que l'autolégislation à l'échelle de l'Union européenne suppose « un médium d'intégration politique qu'est la citoyenneté européenne<sup>34</sup> ».

Le concept de constitution chez Habermas n'est donc pas un concept qui a trait à la clôture du système normatif, ni le constat empirique de l'existence de structures juridiques fondamentales. La constitutionnalisation est l'ensemble des conditions d'une activité politique démocratique, c'est-à-dire d'une activité politique permettant l'autonomie des citoyens. La compréhension de ce concept suppose cependant une autre précision relative à l'effectivité de cette autonomie. L'organisation du pouvoir d'État et d'une production normative légitime ne sont pas suffisantes. Encore faut-il que l'action de l'État de droit démocratique décrit dans *Droit et démocratie* permette une modification effective de la réalité. C'est la raison pour laquelle, parmi les éléments d'une constitution, Habermas intègre une bureaucratie en tant que modalité de l'agir collectif. C'est aussi l'un des enjeux de sa controverse avec Niklas Luhmann.

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>32</sup> J. HABERMAS, « L'Europe paralysée d'effroi ? La crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international public », *Cités*, vol. 49, n° 1, 2012, p. 131-146, p. 135.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 135.

## B. La nécessité de l'effectivité du droit dans la controverse avec Niklas Luhmann

Dans la première section du chapitre 2 de *Droit et démocratie*, Habermas opère une critique virulente des conceptions sociologiques du droit, et en particulier celle de Niklas Luhmann<sup>35</sup>. Cette conception est issue essentiellement des chapitres 9 et 10 de *Das Recht der Gesellschaft*<sup>36</sup>. Pour Luhmann, à l'époque contemporaine, le droit et la politique sont deux systèmes autopoïétiques opérationnellement autonomes. L'unité de ces deux systèmes dans le concept d'État fut une réalité à la naissance de l'État, mais le processus de différenciation propre à la modernité a conduit à une séparation nette de ces deux systèmes<sup>37</sup>. Désormais, la politique a pour fonction la réalisation « des décisions qui obligent collectivement<sup>38</sup> » et n'est pas la simple réalisation d'un programme fixé dans la constitution. À l'inverse, le droit, lui, n'a pas pour fonction de mettre en œuvre les décisions politiques, mais de fixer les attentes normatives de manière à stabiliser les comportements des individus<sup>39</sup>.

Il y a bien une relation et même une dépendance – un « couplage structurel » dans le vocabulaire luhmannien – entre les deux systèmes. Mais la réalisation des décisions politiques par le système juridique implique une reformulation de ces décisions dans le système juridique et, ainsi, une intégration dans ce système autopoïétique. Or, seul le droit peut régler la manière dont un événement extérieur peut entrer dans le droit et les effets de cet

---

<sup>35</sup> L'opposition entre Habermas et Luhmann va bien au-delà du débat relatif à la nature du droit et s'ancre dans deux conceptions opposées du sujet et de l'intersubjectivité dans le monde contemporain. Un ouvrage rassemble les échanges entre les deux auteurs (J. HABERMAS et N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung ?*, Francfort, Suhrkamp, 1971.) Pour un échange plus récent, voir le colloque organisé par Michel Rosenfeld sur la théorie du droit de Habermas : N. LUHMANN, « *Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas' Legal Theory* », in M. ROSENFELD et A. ARATO (dir.), *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley, University of California Press, 1998, p. 157-172 ; J. HABERMAS, « Reply to Symposium Participants », in M. ROSENFELD et A. ARATO (dir.), *Habermas on Law and Democracy*, op. cit., p. 381-452, p. 448-452. Dans ce colloque, le statut de la réponse de Habermas à la critique de Luhmann est très révélateur : Habermas traite le texte de Luhmann en dernier et a conscience du fait qu'il s'agit de la critique de sa théorie du droit la plus radicale. Sur cet échange, voir I. AUBERT, *Habermas. Une théorie critique de la société*, op. cit., en particulier p. 139-156.

<sup>36</sup> N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp 1996 (traduction anglaise : N. LUHMANN, *Law as a Social System*, trad. fr. K. Ziegert, Oxford, New-York, Oxford University Press, 2008. En français, un article de Luhmann résume certaines de ses conceptions sur le droit N. LUHMANN, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, n° 11-12, 1994, p. 53-67 ; En outre, ces deux chapitres ont été commentés et partiellement traduits par F. LE BOUTER, « Droit et politique selon Niklas Luhmann. Commentaire du chapitre 9 de *Das Recht der Gesellschaft* », in L.K. SOSOE (dir.), *Le droit – un système social. Law as a Social System. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Hildesheim, Zürich, New York, Olms Verlag, 2015, p. 75-90.

<sup>37</sup> F. LE BOUTER, « Droit et politique selon Niklas Luhmann. Commentaire du chapitre 9 de *Das Recht der Gesellschaft* », art. cité, p. 76-81.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>39</sup> N. LUHMANN, « Le droit comme système social », art. cité, p. 56.

événement sur le système juridique<sup>40</sup>. Dès lors, les effets juridiques de la décision échappent complètement au système politique et, plus largement, à toute détermination extérieure<sup>41</sup>. Aucun devoir-être, aucune influence politique, aucune conception de la justice<sup>42</sup> ne détermine le contenu du droit : le droit est tel qu'il est.

La critique habermassienne de cette conception vise notamment la réduction qu'elle opère du droit à l'une de ses fonctions, à savoir la stabilisation des attentes (normatives) face à des conflits contingents. Se plaçant du point de vue d'un observateur extérieur face à un système de régulation de comportements individuels, cette conception réduit la notion de droit à une obéissance moyenne à des règles. Un tel postulat ne peut évidemment conduire qu'à un positivisme radical, pour lequel « le lien entre le droit et l'organisation démocratique d'un État disparaît<sup>43</sup> ». La seule justification de l'existence d'une règle est son établissement par le système juridique : les raisons pour lesquelles les individus devraient respecter les règles – parce qu'elles sont justes par exemple – ne sont plus que des arguments perlocutoires, la question de leur légitimité devient vide de sens<sup>44</sup>. Le droit est parce qu'il est. Il faut même aller plus loin : le droit n'a plus aucune normativité<sup>45</sup> et n'est que la validation d'un état de fait existant. Pour reprendre l'expression de Luhmann, il n'est qu'une anomalie européenne<sup>46</sup>.

Un autre aspect problématique est la perte de la possibilité d'une transformation politiquement orientée de la société par le droit. Les systèmes ne disposent que d'un contrôle très faible les uns sur les autres, car ils ne sont que des éléments de l'environnement des autres systèmes. Or, « le système peut ne pas réagir du tout aux événements de l'environnement ; il peut le faire plus tard ou de manière anticipée ; il ne réagit sur-le-champ que dans une très faible mesure<sup>47</sup> ». Dès lors, en ramenant le lien entre la politique et le droit et entre le droit et les autres systèmes constitutifs de la société à de simples phénomènes d'irritation, la perspective luhmannienne conduit à une

---

<sup>40</sup> F. LE BOUTER, « Droit et politique selon Niklas Luhmann. Commentaire du chapitre 9 de *Das Recht des Gesellschaft* », art. cité, p. 83.

<sup>41</sup> N. LUHMANN, *Das Recht des Gesellschaft*, op. cit., p. 419.

<sup>42</sup> Sur ce point, il y a une ambiguïté dans l'œuvre luhmannienne. Voir E. FERRARESE, « La justice, une formule de contingence. La tentation politique de Niklas Luhmann », in L.K. SOSOE (dir.), *Le droit – un système social. Law as a Social System. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, op. cit., p. 91-101.

<sup>43</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 64.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 64-65.

<sup>45</sup> Cette non-normativité du droit apparaît notamment dans la critique qu'adresse Luhmann à la conception du droit de Habermas. Voir N. LUHMANN, « *Quod omnes tangit*. Remarques sur la théorie du droit de Jürgen Habermas », *Actuel Marx*, trad. M. Köller et D. Séglard, n° 21, 1997, p. 29-51 ; Ce texte a aussi été publié en anglais dans les actes d'un colloque discutant les thèses de Habermas. La version anglaise a ceci d'intéressant qu'elle est directement discutée par Habermas dans le chapitre final (N. LUHMANN, « *Quod Omnes Tangit* : Remarks on Jürgen Habermas' Legal Theory », art. cité).

<sup>46</sup> N. LUHMANN, *Das Recht des Gesellschaft*, op. cit., p. 586.

<sup>47</sup> N. LUHMANN, *La confiance : Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. L. Sosoe et S. Bouchard, Paris, Economica, 2006, p. 10.

quasi-disparition de la possibilité pour la politique de contrôler le reste de la société.

En effet, au mieux, la politique ne peut modifier qu'indirectement le droit par un effet d'irritation : les systèmes réagissant à des événements extérieurs ayant lieu dans leur environnement et la politique étant un des éléments de l'environnement du droit, la décision interne au système politique entraînerait une modification de l'environnement du droit et une réaction de celle-ci. Mais une telle possibilité est très en-deçà des attentes que place Habermas dans le droit, car la réaction du système juridique pourrait être éloignée de l'objectif du système politique. Le système juridique pourrait même laisser sans effet la décision politique. En outre, le droit est lui-même un système parmi d'autres. Dès lors, il se trouve dans la même situation vis-à-vis des autres systèmes – notamment le système économique – que la politique vis-à-vis de lui : il ne peut réguler qu'indirectement ces systèmes. Une modification interne au droit – la création d'une règle – serait un événement extérieur au système économique qui réagirait à cette modification. Un contrôle par la politique de l'économie au moyen du droit serait un contrôle doublement indirect et donc très incertain<sup>48</sup>.

L'autonomie des citoyens suppose ainsi d'établir une liaison effective entre le droit et la politique d'une part – c'est l'objet notamment du chapitre 4 de *Droit et démocratie* – et entre le droit et le reste de la société d'autre part. Une situation dans laquelle le droit en tant qu'instrument du contrôle par la politique de la société n'aurait plus d'incidences sur la réalité rendrait vaines les décisions élaborées par les citoyens participant au pouvoir politique. Or, les évolutions contemporaines du monde – ce qui peut être globalement décrit sous le terme de mondialisation – produisent bien une telle situation dans laquelle l'action de l'État, qui était jusqu'alors le cadre de l'autonomie des citoyens, est devenue ineffective. L'autonomie des citoyens implique la mise en place de structures permettant un contrôle effectif de ces phénomènes. Cette exigence d'effectivité rend alors nécessaire, pour Habermas, la constitutionnalisation du droit international ou de l'Union européenne.

Ainsi, concevoir la constitution comme le concept juridique de l'autolégislation conduit à une redéfinition très large du contenu de la constitution pour y inclure, outre le système des droits, l'administration, la séparation des pouvoirs et la solidarité entre les citoyens. La constitution habermassienne apparaît comme s'identifiant aux conditions institutionnelles d'une activité politique démocratique et un test contrefactuel à l'aune duquel évaluer la légitimité des ordres juridiques existant, c'est-à-dire le respect du principe d'autolégislation par ces ordres juridiques. En outre, l'autonomie des citoyens doit aussi être effective. Cela signifie que les citoyens ne doivent pas simplement participer à l'élaboration de règles, mais aussi élaborer des règles pouvant concrètement contrôler les différents systèmes sociaux. Cette exigence d'effectivité confrontée au dépassement de l'État par des phénomènes globaux implique la construction d'une activité politique démocratique à l'échelle de ces phénomènes. La réflexion sur la

---

<sup>48</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 65.

constitutionnalisation du droit international ou de l'Union européenne participe d'une telle tentative.

## II. LA NÉCESSITÉ DES CONSTITUTIONS AU-DELÀ DE L'ÉTAT

Dans l'un de ses premiers numéros, la *European Law Review* a réuni plusieurs juristes et philosophes pour discuter du débat postérieur à l'adoption du traité de Maastricht concernant la légitimité de l'Union européenne et ce qui est classiquement appelé son « déficit démocratique ». Deux des auteurs – Dieter Grimm et Joseph Weiler, ainsi que, indirectement, Habermas, qui discute le texte de Dieter Grimm – ont choisi d'intituler leur contribution : « Does Europe need a Constitution?<sup>49</sup> ». La formule est frappante à double titre. Elle est d'abord remarquable parce qu'elle acte le lien entre démocratie et constitution<sup>50</sup>. Les trois textes endossent des conceptions similaires de la constitution en tant que concept juridique de l'autolégislation. Elle l'est ensuite parce que chacun des trois auteurs conçoit la nécessité d'une constitution et/ou la nécessité démocratique en des termes très différents. S'appuyant sur des conceptions différentes de l'exigence démocratique, Dieter Grimm et Joseph Weiler s'interrogent en réalité sur la possibilité d'une démocratie européenne et, par suite, d'une constitution européenne. Le point central est alors la question de l'existence d'un peuple européen. Dans ce texte et dans les suivants sur la constitutionnalisation de l'Union ou du droit international, Habermas déplace la question du terrain de la possibilité à celui de la nécessité politique en se fondant sur l'exigence d'effectivité de l'autonomie des citoyens (A). La nature de cette nécessité doit être bien comprise. Il ne s'agit pas d'une nécessité historique de l'avènement d'une constitution de l'Union ou du droit international, mais d'une exigence pratique dont la réalisation dépend en définitive de choix politiques (B).

### A. De la possibilité à la nécessité d'une constitution au-delà de l'État

Dans le débat relatif à la légitimité de l'Union et de la nécessité d'une constitution de l'Union, Dieter Grimm commence par préciser la nature et la fonction d'une constitution à partir d'une reconstruction historique des différentes phases de l'élaboration du concept de constitution. Cela lui permet de distinguer plusieurs traits fondamentaux, dont l'existence d'un système

---

<sup>49</sup> D. GRIMM, « Does Europe Need a Constitution? », *European Law Journal*, vol. 1, 1995, n° 3, p. 282-302 ; J.H.H. WEILER, « Does Europe Need a Constitution? *Demos, Telos and the German Maastricht Decision* », *European Law Journal*, vol. 1, n° 3, 1995, p. 219-258.

<sup>50</sup> La question constitutionnelle dans la construction européenne a un statut complexe marqué par l'interaction des décisions de la Cour de justice utilisant le vocabulaire constitutionnel à des fins techniques, les projets politiques anciens de constitution pour l'Union et l'utilisation stratégique par les différents acteurs de l'Union – institutionnels et universitaires – du droit comme facteur d'intégration (sur ce point, voir A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit : L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2013.) Il n'est pas possible dans le cadre de cet article d'entrer dans ce débat d'autant que celui qui oppose Dieter Grimm, Joseph Weiler et Jürgen Habermas en 1995 est en réalité bien plus marqué par le contexte intellectuel allemand – des conceptions de la démocratie dans l'Allemagne contemporaine à la décision *Maastricht* de la Cour constitutionnelle fédérale – que par le débat propre au milieu communautaire de l'époque.

fonctionnellement différencié et spécialisé encadrant l'activité politique<sup>51</sup>. À l'instar du reste du droit, ce système de règles spécialisées n'est pas non plus conçu comme le produit d'un plan divin qu'il s'agirait de découvrir, mais il est celui d'une décision historique de pouvoirs publics<sup>52</sup>. À la différence des autres règles, ce système ne saurait être le produit de la volonté de l'État puisqu'il a justement pour objet d'encadrer l'action de l'État<sup>53</sup>. Les révolutionnaires américains et français procédèrent donc à une séparation des pouvoirs publics en deux groupes : les pouvoirs constitués d'un côté et le pouvoir constituant de l'autre<sup>54</sup>. Le second appartient au souverain, c'est-à-dire au peuple, et les règles qu'il produit limitent l'État<sup>55</sup>. La fonction de la constitution est alors de fixer « le consensus fondamental d'une société concernant les règles de sa coexistence et le règlement des disputes<sup>56</sup> ». La constitution met hors de portée ces règles fondamentales et fonde les conditions d'un exercice légitime du pouvoir<sup>57</sup>. Cette légitimité ne peut venir que de la démocratie, que D. Grimm distingue du parlementarisme et qu'il analyse comme renvoyant aux mécanismes de dérivation du pouvoir de l'État de la volonté du peuple. Ces mécanismes, outre l'existence d'un pouvoir constituant appartenant au peuple<sup>58</sup>, incluent les élections, les associations, les mouvements citoyens, les partis politiques, l'existence d'un espace de débat public, etc.<sup>59</sup>. L'ensemble de ces mécanismes permettent l'existence d'un espace public, d'un système de communication entre les citoyens et l'État permettant le maintien permanent d'une médiation entre la société et l'État<sup>60</sup>. Un présupposé général de cette conception de la constitution est l'existence d'une société disposant d'une identité collective<sup>61</sup>. Cette identité n'est pas nécessairement ethnique : « *all that is necessary is for the society to have formed an awareness of belonging together that can support majority decisions and solidarity efforts, and for it to have the capacity to communicate about its goals and problems discursively*<sup>62</sup> ».

Dieter Grimm considère alors qu'une démocratie – et donc une constitution – européenne distincte des États est impossible. S'il admet que la médiation qui s'opère actuellement dans les États n'est pas parfaite, il consi-

---

<sup>51</sup> D. GRIMM, « Does Europe Need a Constitution? », art. cité, p. 285.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 288 : « *society's basic consensus as to the principles of its co-existence and the settlement of its disputes* » (traduction libre).

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> À ce stade du raisonnement de Dieter Grimm, la question du pouvoir constituant est très secondaire.

<sup>59</sup> D. GRIMM, « Does Europe Need a Constitution? », art. cité, p. 293.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>62</sup> *Ibid.*



dère que ces mécanismes sont inexistantes dans l'Union européenne et qu'il n'est pas possible d'espérer qu'ils se mettent en place<sup>63</sup>. Pour Dieter Grimm, le problème central réside dans l'impossibilité d'une « *europeanisation of the political substructure* », c'est-à-dire des systèmes de médiation entre la société et l'État<sup>64</sup>. Cette impossibilité est principalement due à la diversité des langages et à l'impossibilité de construire un espace public européen<sup>65</sup>. En l'absence d'un tel mécanisme d'intégration sociale, une société européenne qui voudrait se constituer en une unité politique est impossible<sup>66</sup>. Les prérequis pour une démocratie européenne étant absents en raison de l'absence d'identité collective européenne et d'un espace public européen, une constitution européenne est donc illusoire.

Deux points doivent être immédiatement relevés. D'abord, la proximité de la conception de la constitution de Dieter Grimm avec celle de Habermas. Si les détails varient, les éléments fondamentaux sont identiques. La différence majeure réside dans le statut de l'objet étudié. Là où Habermas construit un système rationnel permettant de déterminer les conditions que doit respecter l'ordre juridique pour être légitime, Dieter Grimm étudie des objets juridiques existants dans des contextes historiques concrets. Dès lors – et c'est le second point –, cela modifie son appréhension des formes de solidarité entre les citoyens. S'il admet que des formes distinctes d'une solidarité ethnique sont possibles, il n'en demeure pas moins, d'une part, qu'en utilisant l'argument de la langue commune, il se fonde sur une conception culturelle de l'homogénéité du peuple et, d'autre part, qu'il considère que cette solidarité ne peut pas simplement être créée<sup>67</sup>. Pour Dieter Grimm, la solidarité est une réalité culturelle produite dans des circonstances spécifiques concrètes et non une exigence pratique nécessaire à l'existence d'une autonomie des citoyens.

Un premier type de réponse à l'argument de Dieter Grimm est celui avancé par Joseph Weiler. Il s'oppose à la « *No Demos Thesis* »<sup>68</sup>. L'expression forgée par Joseph Weiler dans cet article fera florès dans les discussions ultérieures dans lesquelles elle désignera l'ensemble des positions doctrinales considérant que l'Union européenne ne peut pas être une union politique, une démocratie ou avoir une constitution, car il n'existe pas de peuple européen. Pour Weiler, ce type de thèse – y compris celle de Dieter Grimm – trouve ses racines dans une réalité profonde du droit et de la

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 296. Le seul espace dans lequel une telle européanisation est possible est celui des élites européennes qui disposent effectivement des ressources pour établir un système de communication. Le risque alors est que la parlementarisation de l'Union européenne conduise à un système oligarchique où un groupe effectivement européanisé serait déconnecté des sociétés demeurant nationales (*Ibid.*, p. 296-297.)

<sup>66</sup> D. GRIMM, « Does Europe Need a Constitution? », art. cité, p. 295 : « *What obstructs democracy is accordingly not the lack of cohesion of Union citizens as a people, but their weakly developed collective identity and low capacity for transnational discourse* ».

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>68</sup> J.H.H. WEILER, « Does Europe Need a Constitution? », art. cité, p. 224.

doctrine allemands, qui ont construit une conception particulière de la communauté politique allemande. Selon cette conception, le *Volk*, le *demos*, est une réalité organique et objective pouvant être observée<sup>69</sup>. La manifestation subjective de cette réalité est la conscience d'une communauté de destin, d'une identité collective et d'une intégration sociale<sup>70</sup>. L'existence de cette réalité peut être décelée dans un langage commun, une histoire commune, une religion commune ou une ethnie commune<sup>71</sup>. Le peuple est une unité homogène qui préexiste à l'État, ce dernier n'étant que sa manifestation politique<sup>72</sup>. L'unité du *Volk* est alors un prérequis du fonctionnement démocratique : la minorité n'accepterait la position de la majorité qu'en raison du fait que les individus qui ressortissent à l'une ou l'autre appartiennent au même peuple ; le principe même d'un contrôle politique démocratique serait dépendant de cette unité<sup>73</sup>.

La *No Demos Thesis* adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa décision *Maastricht*<sup>74</sup> consiste alors à déplacer cette conception de la démocratie vers l'Union européenne et à l'utiliser pour acter l'impossibilité d'une démocratie européenne. Or, pour Joseph Weiler, l'erreur consiste justement à appliquer cette conception nationaliste – fondée sur l'unité ethno-organique de la nation – de la démocratie à l'Union, qui, par son supranationalisme, cherche justement à en dépasser les risques<sup>75</sup>. Au contraire, l'unité de l'Union est celle d'une pluralité de *démoï* – nationaux et européen –, et les citoyens européens doivent se considérer comme appartenant à une société européenne en raison de leur affinité commune pour des valeurs et principes fondamentaux communs<sup>76</sup>. Ces citoyens européens peuvent être comme le fondement d'une démocratie européenne et de l'existence d'un équivalent fonctionnel des constitutions nationales à l'échelle européenne, bien que cet équivalent fonctionnerait selon une logique radicalement différente.

Une telle critique de la position de Dieter Grimm se manifeste notamment dans la notion habermassienne de patriotisme constitutionnel –

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 225-226.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 226-227.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 228.

<sup>74</sup> Pour Joseph Weiler, cette conception exprimée par la décision de la Cour et écrite par Paul Kirchhof, trouve son origine dans l'œuvre de Carl Schmitt. La visée polémique d'une telle filiation est évidente. Cependant, l'argument de Weiler est rendu problématique par le fait que cette conception de la démocratie fondée sur l'homogénéité du peuple a été incarnée notamment par d'autres auteurs que Carl Schmitt, notamment Hermann Heller et Ernst-Wolfgang Böckenförde, membre de la Cour au moment de la décision *Maastricht* (Voir E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Principes de la démocratie, forme politique et forme de gouvernement », in O. JOUANJAN (dir.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2000, p. 278-293]. Il s'agit en réalité plus d'un lieu commun de la doctrine allemande que d'une idée spécifiquement schmittienne.

<sup>75</sup> J.H.H. WEILER, « Does Europe Need a Constitution? », art. cité, p. 252.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 253.

l'adhésion aux principes universels de l'État de droit par opposition à un attachement local aux États-nations<sup>77</sup>. De telles réflexions conduisent à une reconstruction de l'idée de solidarité entre les citoyens détachée de l'unité ethnique du peuple et donc capable de répondre à la « *No Demos Thesis* ». Habermas pourra alors affirmer qu'une unité politique postnationale est possible, et que le processus politique en cours dans l'Union européenne fait émerger cette solidarité non fondée sur la nation :

Des loyautés anciennes s'affaiblissent, des solidarités nouvelles se développent, les traditions changent et les nations, de même que tous les autres rapporteurs comparables, ne sont pas non plus des faits naturels<sup>78</sup>.

À la différence de Dieter Grimm, Habermas considère que le processus politique permettra une européanisation des sous-structures de la politique et rendra possible une activité politique proprement européenne. Malgré l'absence de peuple européen au sens d'une unité culturelle, une constitution européenne serait donc possible.

Cependant, l'argument central de Habermas est ailleurs. Dans sa réponse à Dieter Grimm, il s'accorde sur le diagnostic et une conception commune de la démocratie : une solidarité entre les citoyens, une identité collective, est nécessaire à la réalisation de l'exigence d'autolégitimation<sup>79</sup>. Sa critique consiste alors, non pas à discuter la possibilité d'une telle solidarité – et, par suite, d'une constitution européenne –, mais à en acter la « nécessité politique<sup>80</sup> ». Il résume ainsi son argument à l'encontre de la « *No Demos Thesis* » :

[L]a persistance, dans le monde et en Europe, d'une fragmentation politique est en contradiction avec la consolidation systémique d'une société mondialisée multiculturelle, et interdit que des progrès soient accomplis, qui permettraient que, par le droit constitutionnel, les rapports de force,

---

<sup>77</sup> Le patriotisme constitutionnel n'est pas la simple conséquence de l'émergence de la question européenne dans sa pensée, mais s'inscrit dans un questionnement ancien de Habermas. En particulier, Frédéric Guillaume Dufour a retracé quatre étapes de cette construction. D'abord, les mouvements étudiants des années 1960-1970 puis le terrorisme de la Fraction armée rouge ont provoqué une réflexion sur la désobéissance civile et la protection de l'État de droit. Ensuite, la querelle des historiens entre 1980 et 1988 puis la réunification allemande ont suscité une réflexion sur l'identité de l'Allemagne après la Seconde Guerre mondiale (F. G. DUFOUR, *Patriotisme constitutionnel et nationalisme sur Habermas*, Montréal, Liber, 2001, p. 24 sq.). Le problème commun était de trouver les conditions d'une solidarité entre les citoyens et d'une acceptation du pouvoir de contrainte de l'État qui ne soit pas fondée sur des raisons ethniques mais sur le fait que l'État poursuit des buts pratiques conformes aux principes de l'État de droit. Ces buts sont incarnés dans la constitution. Le patriotisme constitutionnel apparaît comme un concept essentiellement lié à un débat interne à l'État allemand visant rendre possible à un attachement à une communauté concrète sans les risques du nationalisme (voir F. I. MICHELMAN, « *Morality, Identity and "Constitutional Patriotism"* », *Ratio Juris*, vol. 14, 2011, p. 253-271, p. 254.

<sup>78</sup> J. HABERMAS, « L'Europe Paralysée D'Effroi? », art. cité, p. 143-144.

<sup>79</sup> J. HABERMAS, « Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?" », *European Law Journal*, vol. 1, n° 3, 1995, p. 303-307.

<sup>80</sup> J. HABERMAS, « La crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international. Un essai sur la constitution de l'Europe », art. cité, p. 80.

tant au niveau étatique que social, se civilisent et s'humanisent<sup>81</sup>.

Cet argument ne peut être compris qu'à l'aune du statut du discours habermassien. À la différence de Dieter Grimm, Habermas ne se prononce pas sur l'existence ou la possibilité positive d'une constitution européenne, mais sur les conditions pratiques de l'autolégislation. Dans *Droit et démocratie*, l'interrogation sur ces conditions a révélé l'exigence d'une condition d'effectivité du contrôle du pouvoir politique sur la réalité. Or, si l'idéal démocratique s'est historiquement réalisé dans la figure de l'État de droit, cet idéal n'est effectif que « si un État dispose d'une latitude d'action qui puisse répercuter cette action coopérative dans l'aménagement politique des conditions de vie<sup>82</sup> ». Les conditions du monde moderne sont telles qu'« il y va du sens normatif de la démocratie elle-même que les capacités politiques d'action puissent être étendues au-delà des frontières nationales<sup>83</sup> ». Dès lors, les États ont progressivement transféré leur capacité d'action vers des organisations internationales. L'augmentation du pouvoir de ces organisations se fait alors « au détriment du processus démocratique qui légitime les États nationaux<sup>84</sup> ». Pour éviter cela, il est nécessaire de reconstruire un processus démocratique à l'échelle de ces phénomènes et donc d'établir une constitution européenne ou internationale. L'abandon du « lien de cohérence *fort* entre l'autodétermination démocratique à l'intérieur et la souveraineté étatique à l'extérieur » est la condition du maintien de la souveraineté populaire dans le monde moderne<sup>85</sup>.

Habermas ne répond donc pas directement à la question soulevée par Dieter Grimm ou Joseph Weiler, et qui porte sur la possibilité concrète d'une démocratie à l'échelle européenne. Il déplace le problème de la possibilité d'une constitution vers l'affirmation de sa nécessité pratique. Il ne cherche pas à décrire le droit actuel ou même l'avenir proche du droit. Il conçoit l'extension du processus démocratique au-delà de l'État comme « une exigence de la raison pratique<sup>86</sup> » au regard des conditions historiques contemporaines. Le problème est alors celui de la signification exacte de cette idée de nécessité : est-ce une nécessité au sens d'une rationalité interne à l'histoire ou seulement une nécessité politique au regard d'une exigence pratique, mais dont la réalisation est alors dépendante de choix à opérer ?

### ***B. D'une philosophie de l'histoire à des choix politiques***

Comprendre ce dernier point suppose de s'écarter de la logique des développements précédents. À partir de la structure interne de la théorie de la démocratie développée dans *Droit et démocratie*, ces derniers tentaient d'expliquer les raisons pour lesquelles une constitutionnalisation du droit in-

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>86</sup> J. HABERMAS, « Does the Constitutionalisation of International Law Still Have a Chance? », in *The Divided West*, Cambridge, Polity, 2006, p. 115-193, p. 121.

ternational ou de l'Union européenne est nécessaire. Ici, il s'agit de comprendre le statut de cette nécessité au regard notamment du rapport entre la raison pratique et la politique.

Le cosmopolitisme habermassien est marqué par ses racines kantienne. Il émerge notamment de la lecture du *Projet de paix de perpétuelle*, lecture qui détermine le statut du projet cosmopolitique chez Kant. Lorsque, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, Kant formule une lecture cosmopolitique de l'histoire – le cosmopolitisme n'étant pas dans son œuvre une nécessité historique mais un idéal régulateur –, la crédibilité d'une telle conception repose sur l'émergence de trois phénomènes : les États-nations, le commerce international et un espace public politique. Ces phénomènes seraient à la fois la preuve empirique de ces tendances et des éléments les favorisant. Mais Habermas avance trois contre-arguments à l'encontre d'une telle analyse. D'abord, les États-nations ont fait émerger le nationalisme et ne sont en rien pacificateurs. Ensuite, le développement du commerce a, en réalité, favorisé l'impérialisme. Enfin, l'espace public s'est transformé en un espace médiatique<sup>87</sup>. Par conséquent, l'idéal cosmopolitique ne s'est pas réalisé. Certes, certaines organisations internationales ont une activité réelle. Mais il est difficile de les qualifier de démocratiques. Même l'Union européenne – pourtant objet principal des espoirs de Habermas – n'est, pour l'heure, qu'un « fédéralisme post-démocratique exécutif<sup>88</sup> ».

Ainsi que l'a montré Valéry Pratt, cela conduit Habermas à écarter la perspective d'une philosophie de l'histoire pour construire le projet d'une politique proprement cosmopolitique<sup>89</sup>. L'idéal cosmopolitique n'est pas une nécessité historique, mais un projet pratique à réaliser. Il n'y a pas de plans cachés de la nature, mais un choix à opérer, des réformes à mener pour mettre en place une constitution internationale ou de l'Union européenne. Ce choix n'est évidemment pas un choix opéré dans le vide. La réforme du droit international ou du droit de l'Union européenne que Habermas appelle de ses vœux doit s'appuyer sur les structures juridiques déjà existantes. Parce qu'il ne veut pas se contenter d'un discours abstrait sur la justice et qu'il cherche les moyens d'une réalisation effective de l'exigence moderne d'autolégislation, Habermas ne peut ignorer les structures juridiques déjà existantes du droit international et de l'Union européenne. Il en connaît les faiblesses et cherche à fonder la nécessité pratique d'une réforme.

L'intitulé du dernier paragraphe de l'un des textes sur la crise de l'Union européenne est explicite : « en vue de meilleures avancées vers une intégration européenne plus complète, nous devons décider entre le fédéralisme exécutif et une démocratie supranationale propre<sup>90</sup> ». Autrement dit,

---

<sup>87</sup> V. PRATT, *Pour une philosophie du droit international : Nuremberg, les droits de l'homme et le cosmopolitisme*, op. cit., p. 414.

<sup>88</sup> J. HABERMAS, « La crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international. Un essai sur la constitution de l'Europe », art. cité, p. 76.

<sup>89</sup> V. PRATT, *Pour une philosophie du droit international : Nuremberg, les droits de l'homme et le cosmopolitisme*, op. cit., p. 418.

<sup>90</sup> J. HABERMAS, « L'Europe paralysée d'effroi ? », art. cité, p. 143 (je souligne).

avec Dieter Grimm, Habermas mesure les limites actuelles de l'Union européenne. Il sait que les « sous-structures » du système politique de l'Union, le système de communication, l'espace public européen sont probablement inexistantes. Il s'accorde aussi avec Dieter Grimm sur le fait que la création d'un système politique de l'Union sans une telle sous-structure conduit à la création d'un régime autoritaire dirigé par une élite. Dieter Grimm parle d'oligarchie<sup>91</sup>, mais la qualification d'autoritarisme libéral avancée par Michael Wilkinson<sup>92</sup> est sans doute la plus proche de la position de Habermas<sup>93</sup>.

Pour autant, un trait distingue la conception de Habermas : son optimisme concernant les évolutions de l'Union européenne. Il décèle dans les structures déjà existantes de l'Union européenne des potentialités pour faire advenir une démocratie<sup>94</sup>. Il souligne par exemple que l'Union européenne contient les germes d'un pouvoir constituant mixte incluant aussi bien les États que les citoyens européens. Les droits créés par le droit de l'Union européenne dans le chef des particuliers et, surtout, la possibilité pour les citoyens européens de les invoquer devant des juridictions pour contester des règles nationales sont conçus comme les véritables prémices d'une citoyenneté de l'Union européenne<sup>95</sup>. Si ces analyses de l'Union européenne peuvent révéler une certaine naïveté, elles traduisent aussi une recherche de germes dans les structures existantes d'une véritable démocratisation de l'Union. Il y a donc une forme d'optimisme du théoricien ici, mais un optimisme qui est un appel en faveur de choix politiques et de réformes profondes fondées sur une exigence pratique à tout mettre en œuvre pour réaliser l'autonomie des citoyens.

### **Pierre Auriel**

*Institut Michel Villey pour la culture juridique et la théorie du droit et Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas*

---

<sup>91</sup> D. GRIMM, « Does Europe Need a Constitution? », art. cité, p. 294-295.

<sup>92</sup> M.A. WILKINSON, « The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union », *German Law Journal*, n° 14, 2013, p. 527-560 ; M.A. WILKINSON, « Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce? », *European Law Journal*, vol. 21, n° 3, 2015, p. 313-339.

<sup>93</sup> L'origine de ce concept d'autoritarisme libéral dans les travaux de Hermann Heller et Carl Schmitt n'est pas un hasard eu égard à la généalogie du concept de démocratie discuté par ces auteurs.

<sup>94</sup> J. HABERMAS, « L'Europe Paralysée d'Effroi ? », art. cité, p. 138.

<sup>95</sup> M. UNGER, « L'intégration par le droit dans la littérature postnationale sur l'Union européenne », *Noésis*, 2018, à paraître.

LE CONSTITUTIONNALISME GLOBAL : CRISE OU CONSOLIDATION ?

1. INTRODUCTION : LE CONSTITUTIONNALISME À LA CHINOISE

Parler d'un constitutionnalisme global exige que nous prenions au sérieux les développements de ce concept dans diverses régions du monde, et notamment dans les pays émergents. Il faut pouvoir sortir de notre prisme européen ou de toute perspective qui borne notre horizon et c'est en cela que le cas de la Chine est particulièrement intéressant. En 2013, un professeur de droit à l'université de Shanghai a été licencié pour avoir enseigné le constitutionnalisme<sup>1</sup>. À travers cette notion, le Docteur Zhang Zuezhong mettait en exergue l'intérêt d'avoir une constitution comme fondement et limitation du pouvoir. Or, pour le parti communiste chinois, ce concept remet en question la dictature démocratique du peuple et le monopole d'interprétation du parti communiste sur la constitution chinoise. C'est la raison pour laquelle il a retiré au Docteur Zhang sa faculté d'enseigner. Le concept de constitutionnalisme était même cité en 2012 dans un décret semi-officiel du parti communiste, conjointement avec d'autres termes à ne pas mentionner, comme les valeurs universelles, la société civile, et les droits civils (les sept *no-mentions*). On se croirait ici plongé dans *1984* de George Orwell : avec le *new speak* (« novlangue ») le mot « liberté » ne pouvait plus être utilisé qu'en un sens restreint comme dans l'expression « le chien a été libéré de ses puces<sup>2</sup> ». Le « Constitutionnalisme » n'est donc pas une notion que l'on peut librement employer dans les universités et les institutions d'enseignement chinoises. Évidemment, cela démontre l'importance du terme pour les autorités chinoises ; autrement, elles ne l'auraient pas interdit<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> C. WICKENKAMP, « Chinese Professor Fired for Teaching “Constitutionalism” », *Epoch Times*, 28 août 2013, <http://www.theepochtimes.com/n3/268123-chinese-professor-fired-for-teaching-constitutionalism/>.

<sup>2</sup> « Le mot libre existait encore en “novlangue”, mais ne pouvait être employé que dans des phrases comme “le chemin est libre”. Il ne pouvait plus être utilisé dans le sens ancien de “liberté politique” ou de “liberté intellectuelle” ; car ces libertés n'existaient plus, même sous forme de concept. Elles n'avaient donc pas de nom. » (G. ORWELL, *1984*, trad. A. Audiberti, La Bibliothèque électronique du Québec, Collection Classiques du XX<sup>e</sup> siècle, Volume 65 : version 1.0, p. 622).

<sup>3</sup> Pour une explication lumineuse voir B. LI, « China's Socialist Rule of Law and Global Constitutionalism », in T. SUAMI, M. KUMM, A. PETERS et D. VANOVERBEKE (dir.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Chapitre 2, Cambridge, Cambridge University Press, à paraître. Voir aussi Q. ZHANG, « A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China », *International Journal of Constitutional Law*, n° 8, 2010, p. 950-976. Zhang conclut ainsi : « Pour transformer sa constitution en constitutionnalisme, la Chine a besoin d'un ensemble de réformes institutionnelles qui rendent le gouvernement responsable devant les citoyens de façon à ce que soient scrupuleusement respectées la Constitution et les lois ; de manière plus impor-

## 2. CONCEPTUALISATION

Qu'est-ce que le « constitutionnalisme » ? Comme tous les termes en « -ismes », c'est un concept idéique. Alors que la constitution est un phénomène de la *lex lata*, le constitutionnalisme est une idéologie comme le communisme ou le libéralisme.

Le constitutionnalisme global est un mouvement intellectuel qui, d'une part (dans son analyse positive) relie ou reconstruit certains éléments du *statu quo* du droit international pour mettre en lumière les fragments constitutionnels contenus dans l'ordre juridique international – dans leur interaction avec le droit national – comme reflétant des principes constitutionnalistes complémentaires, notamment l'autorité de la loi (*rule of law*), les droits de l'Homme et la démocratie (la « trinité constitutionnaliste<sup>4</sup> »). La contribution normative est l'emploi de ces principes constitutionnalistes comme points de référence pour la critique du droit international en vigueur, et pour fournir des arguments pour développer le droit international et les institutions de la gouvernance mondiale dans une direction plus constitutionnaliste. Cela veut dire que le constitutionnalisme global est à la fois un outil analytique et un projet normatif<sup>5</sup>.

Le constitutionnalisme global comprend aussi une réévaluation du processus de mondialisation des constitutions étatiques. Cette mondialisation est effectuée par une réimportation des standards internationaux – comme les droits de l'Homme – dans le droit constitutionnel des États qui ne les connaissaient pas auparavant. Ce processus aboutit à une certaine convergence horizontale des droits constitutionnels nationaux<sup>6</sup>. En effet, certains

---

tante encore ce processus requiert une participation active de citoyens assez mûrs et courageux pour revendiquer leurs droits à travers ces institutions » (trad. L. Leboeuf).

<sup>4</sup> M. KUMM, A. LANG, J. TULLY et A. WIENER, « How Large is the World of Global Constitutionalism? », *Global Constitutionalism*, n° 3, 2014, 1–8, p. 3.

<sup>5</sup> Voir, pour une approche d'ensemble de la littérature sur le constitutionnalisme global et le droit constitutionnel global (ou international) : A. PETERS, « Global Constitutionalism », in M.T. GIBBONS (dir.), *The Encyclopedia of Political Thought*, London, Wiley-Blackwell, 2015, p. 1484-1487 ; T. KLEINLEIN et A. PETERS, « International Constitutional Law », in A. CARTY (dir.), *Oxford Bibliographies in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2017. Dans la littérature récente, voir A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 ; A.F. LANG et A. WIENER (dir.), *Handbook on Global Constitutionalism*, London, Elgar, 2017.

<sup>6</sup> Z. ELKINS, T. GINSBURG et B. SIMMONS, « Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practices », *Harvard International Law Journal*, n° 54, 2013, p. 61-94, identifient une « relation complémentaire entre le processus de ratification des traités et les normes constitutionnelles nationales » (trad. L. Leboeuf). Voir, pour une étude strictement empirique : D.S. LAW et M. VERSTEEG, « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism », *California Law Review*, n° 99, 2011, p. 1163-1257. Les auteurs trouvent, sur la base d'un « coding » des constitutions de 188 États (entre 1946 et 2006), entre autres un « *rights creep* », c'est-à-dire une prolifération des libertés publiques dans les constitutions, mais aussi une polarisation entre un groupe de constitutions strictement libérales et minimalistes et un groupe de constitutions plus « providentielles », prévoyant une gamme de tâches positives pour l'État. La valeur de ces résultats est limitée, parce qu'ils ne sont pas basés sur une interprétation approfondie des articles et ne tiennent pas compte de la jurisprudence.



aspects du constitutionnalisme global se réfèrent moins au droit international au sens propre, qu’au droit constitutionnel des États, à leur comparaison, à leurs emprunts mutuels (*borrowing*), et à la « migration » des concepts constitutionnels.

Pour caractériser l’émergence des éléments constitutionnalistes dans le droit international, nous parlons de « constitutionnalisation<sup>7</sup> ». Cette idée est souvent perçue comme une réaction à la « fragmentation » – c’est-à-dire la différenciation – du droit international et de ses institutions. En effet, la fragmentation et la constitutionnalisation peuvent être vues comme les deux faces d’une même pièce, parce que ces deux questions émergent d’un même souci universel de légitimation du système juridique international et de ses institutions, dans un contexte de perte de foi dans la souveraineté étatique comme principe originel suffisant et indispensable<sup>8</sup>.

La « constitutionnalisation » est donc nécessaire à l’évolution d’un ordre international basé sur quelques principes organisateurs comme la souveraineté étatique, l’intégrité territoriale et le consensualisme, vers un ordre juridique international qui reconnaît, qui s’est approprié et – c’est ce qui est important – qui a modifié les principes, institutions et procédures du constitutionnalisme classique.

### 3. LE CONSTITUTIONNALISME COMPENSATEUR

Je voudrais maintenant passer à l’explication et à la justification du phénomène de constitutionnalisation dans le droit international que je viens de décrire. C’est l’idée de constitutionnalisme compensateur<sup>9</sup>. Le point de départ est la mondialisation. Certains pensent que nous sommes dans une phase de post-mondialisation ou contre-mondialisation<sup>10</sup>, mais je ne le crois pas. L’interdépendance et l’enchevêtrement économique, financier, environnemental et humain se poursuivent<sup>11</sup>. Le populisme, le nationalisme et le

---

<sup>7</sup> J. KLABBERS, A. PETERS et G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2011 ; A. PETERS, « Constitutionalisation », in J. D’ASPROMONT et S. SINGH (dir.), *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, à paraître.

<sup>8</sup> A. PETERS, « Fragmentation and Constitutionalization », in A. ORFORD et F. HOFFMANN (dir.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 1011-1031 ; J. ZAJADŁO et T. WIDLAK, « Constitutionalisation: A New Philosophy of International Law? », in A. JAKUBOWSKI et K. WIERCZYŃSKA (dir.), *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, London, Routledge, 2016.

<sup>9</sup> A. PETERS, « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, n° 19, 2006, p. 579-610.

<sup>10</sup> Pour une excellente présentation du scepticisme politique et médiatique actuel envers la globalisation, voir N. SAVAL, « Globalisation: The Rise and Fall of an Idea That Swept the World », *The Guardian*, 14 juillet 2017.

<sup>11</sup> Voir les mesures de l’Institut Économique Suisse KOF de la mondialisation dans ses dimensions économiques, sociales et politiques. Selon les indicateurs de cet institut, la mondialisation est en marche. Voir pour la méthode d’analyse (indices et variables) le *KOF Index of Globalization*, disponible à l’adresse :

protectionnisme réagissent précisément à cette interdépendance, sans pour autant pouvoir la faire disparaître.

Les problèmes d'échelle globale se sont accentués et continuent à se renforcer, obligeant les États à coopérer au sein d'organisations internationales ainsi que par le biais de traités bilatéraux et multilatéraux<sup>12</sup>. À cet effet, certaines fonctions autrefois typiquement gouvernementales, telles que la garantie de la sécurité, de la liberté et de l'égalité, sont aujourd'hui transférées, du moins en partie, à des niveaux « supérieurs ». En outre, beaucoup d'activités étatiques ont des conséquences transfrontalières importantes et génèrent des externalités pour les personnes vivant dans des pays voisins ou lointains. Enfin, des acteurs non-étatiques (agissant au sein des États ou même de manière transfrontalière) sont, de plus en plus, investis dans des fonctions traditionnelles et parfois même centrales de l'État : des cabinets d'avocats écrivent des lois pour les gouvernements ; des ONG veillent par leurs enquêtes et leur activité judiciaire au respect des normes internationales, des droits de l'Homme et de l'environnement ; des agences de notation influencent le marché financier ; des fondations philanthropiques – comme la fondation Bill and Melinda Gates – sont les acteurs les plus puissants dans la gouvernance mondiale de la santé ; des entreprises militaires mènent des opérations de paix ; des procédures d'arbitrage règlent des litiges concernant des investissements et ont donc une influence sur les politiques sociales et environnementales des pays.

Le résultat de ces activités législatives, exécutives, et judiciaires se traduit par le fait que la « gouvernance<sup>13</sup> » est exercée au-delà des frontières et des limites constitutionnelles de l'État. Or, ces activités ont la capacité d'affecter sérieusement la liberté et l'égalité des personnes humaines, elles sont donc *justice-sensitive*<sup>14</sup>.

---

[http://globalization.kof.ethz.ch/media/filer\\_public/2017/04/19/variables\\_2017.pdf](http://globalization.kof.ethz.ch/media/filer_public/2017/04/19/variables_2017.pdf), rapport sur A. DREHER, N. GASTON et N. MARTENS, *Measuring Globalization: Gauging its Consequences*, New York, Springer, 2008. Voir, pour nuancer l'évaluation de l'intensité et de l'extension de la mondialisation *économique* (mesurée en termes de mobilité des marchandises, des personnes et des flux financiers), P. GHEMAWAT, « Globalization in the Age of Trump », *Harvard Business Review*, 2017. Ghemawat identifie la « semi-mondialisation » : les transactions (économiques) internationales sont significativement moins importantes que les échanges de la sphère nationale.

<sup>12</sup> Il faut souligner que ces traités ont une force réelle, c'est-à-dire qu'ils organisent les relations internationales et contraignent les États puissants, comme le démontre l'analyse empirique de B. KOREMENOS, *The Continent of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

<sup>13</sup> « Gouvernance » ici comprise comme un processus général visant à réguler et à organiser les questions d'intérêt public (J.N. ROSENAU, « Governance, Order, and Change in World politics », in E.-O. CZEMPIEL (dir.), *Governance Without Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 7). Voir également Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood. The Report of the Commission on Global Governance*, 1995. Pour une conceptualisation comme « gouvernement », voir : J.P. TRACHTMAN, *The Future of International Law: Global Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, notamment le chapitre 11 : « International Legal Constitutionalization » (p. 253-287).

<sup>14</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 605-628.

Alors que les principes, institutions, et procédures constitutionnels nationaux continuent à bel et bien exister, ils ne peuvent pas être employés contre les mesures prises en dehors du cadre constitutionnel national auxquels ils se rattachent. Si, par exemple, les éleveurs de poulet du Ghana ne peuvent plus vendre leurs produits à cause de l'exportation de poulets congelés favorisée par les subventions publiques de l'Union Européenne et perdent ainsi leur base de subsistance, quel moyen démocratique ont-ils pour se défendre contre ce développement ? Et si Messieurs Nada et Al-Dulimi sont placés sur les listes des sanctions ciblées imposées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, quel recours satisferait leur droit d'accès au juge<sup>15</sup> ? Quand la Troïka composée du Fond Monétaire International, de la Commission européenne et de la Banque Centrale Européenne « propose » à la Grèce un projet d'austérité dont résulte un appauvrissement des retraités, quel principe de sécurité sociale et de solidarité peut les protéger<sup>16</sup> ?

Dans ces cas, la protection et les remèdes ne peuvent plus être trouvés dans le droit constitutionnel national et dans les institutions et procédures nationales. Les constitutions étatiques ne sont plus à même de réguler la totalité des activités de gouvernance de manière exhaustive. La dévalorisation, la mise à l'écart ou encore le sabotage partiel des constitutions nationales affecte non seulement le principe de démocratie, mais également celui d'État de droit (*rule of law*) et de sécurité sociale. Ces principes constitutionnels traditionnels sont devenus dysfonctionnels, et les constitutions étatiques sont ainsi vidées de leur contenu et sapées.

De manière plus générale, Olivier de Frouville a justement décrit l'impasse dans laquelle se trouve le monde dans un contexte de mondialisation :

la mondialisation économique a conduit à une perte d'autonomie des États et de leurs citoyens, à la domination du politique par l'économie, et à la perte de sens de la vie politique à l'intérieur des États. Or, la seule manière de recouvrer la primauté de l'ordre politique sur l'économie serait d'engager une constitutionnalisation intégrale de l'ordre international en construisant un projet fédéral qui serait suffisamment contraignant pour tous les acteurs et comporterait un contenu au moins minimal de démocratie (à travers le dialogue, la transparence et l'intégration)<sup>17</sup>.

Cependant, beaucoup d'observateurs considèrent qu'il est (pour l'instant ou même de façon générale) impossible de combiner à la fois gouvernance politique mondiale et démocratie mondiale<sup>18</sup>. Malheureusement, la seule op-

---

<sup>15</sup> CEDH, *Nada c. Suisse*, jugement du 12 septembre 2012 (Appl. n° 10593/08) ; CEDH (Grand Chamber), *Al-Dulimi and Montana Management inc. c. Suisse* (Appl. n° 5809/08), jugement du 21 juin 2016.

<sup>16</sup> European Committee of Social Rights, *Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) c. Greece*, Complaint n° 76/2012, décision du 7 décembre 2012.

<sup>17</sup> O. DE FROUVILLE, « On the Theory of International Constitution », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE et J.E. VIÑUALES (dir.), *Unité et diversité du droit international : Écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Brill, 2014, p. 77-103, p. 103.

<sup>18</sup> D. RODRIK, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York, Norton, 2011.

tion disponible est de construire des institutions mondiales fonctionnelles (mais peu démocratiques), tout en maintenant le *statu quo* actuel (dans l'ensemble injuste), ce qui génère de l'insatisfaction et nourrit le nationalisme ainsi que les extrémismes religieux ou pseudo-religieux<sup>19</sup>.

Divergeant légèrement du diagnostic d'Olivier de Frouville, je considère que cette déconstitutionnalisation visible au niveau national est déjà partiellement – mais devrait l'être encore plus – compensée. Elle pourrait d'ailleurs l'être par une constitutionnalisation au niveau international (notamment dans les organisations internationales<sup>20</sup>), dans les relations transfrontalières (entre États), mais aussi dans les relations transnationales entre acteurs non-étatiques<sup>21</sup>.

Autrement dit, si nous voulons sauvegarder les aboutissements du constitutionnalisme, une constitutionnalisation compensatrice sur le plan international est adéquate et même nécessaire. Elle est nécessaire parce que seuls les différents niveaux de gouvernance, pris ensemble, peuvent offrir une protection constitutionnelle complète<sup>22</sup>, par exemple par l'établissement de voies de recours contre les décisions du Conseil de Sécurité, par la création de mécanismes permettant aux citoyens de participer aux conférences internationales, ou par une plus grande transparence des litiges d'investissements.

#### 4. LE CONSTITUTIONNALISME EN CRISE

De nos jours, le constitutionnalisme est en crise ; les processus de constitutionnalisation sont stagnants ou en train de régresser. Cette crise affecte les constitutions nationales mais aussi le droit international constitutionnel. Il semble que les thèmes constitutionnels comme les droits de l'Homme, la sécurité, l'*international rule of law* et la communauté internationale ont été

---

<sup>19</sup> O. DE FROUVILLE, « On the Theory of International Constitution », art. cité, p. 103.

<sup>20</sup> Pour une lecture de la Charte des Nations Unies en tant que « the constitution of the international community », voir B. FASSBENDER, « International Constitutional Law. Written or Unwritten? », *Chinese Journal of International Law*, n° 15, 2016, p. 489-515 et p. 513. J. ARATO, « Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations », *International Journal of Constitutional Law*, n° 10, 2010, p. 627-659, distingue utilement une notion juridique et politique de la Charte des Nations Unies en tant que constitution.

<sup>21</sup> Cette idée d'un « constitutionalisme sociétal » découlant d'un processus de création de la norme par le biais d'une réflexion sur soi-même a été particulièrement approfondie par Gunter Teubner. Voir G. TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Voir dans le même ordre d'idées, K. MÖLLER, « Formwandel des Konstitutionalismus: Zum Verhältnis von Postdemokratie und Verfassungsbildung jenseits des Staates », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° 101, 2015, p. 270-289. Concernant la sociologie politique, voir T. HITZEL-CASSAGNES, *Die Verfassung des Transnationalen*, Baden-Baden, Nomos, 2012 ; P. HOLMES, *Verfassungsevolution in der Weltgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

<sup>22</sup> Il s'agit là de l'argument principal de T. COTTIER, M. HERTIG, « The Prospects of 21<sup>st</sup> Century Constitutionalism », *Max Planck UNYB*, n° 7, 2003, p. 261-328.

marginalisés<sup>23</sup>. En revanche, des problèmes classiques de nature géostratégique comme la sécurité militaire – au sens le plus traditionnel du terme – sont désormais sur le devant de la scène, que ce soit dans les actions des puissances émergentes comme la Russie et la Chine, ou dans le discours du droit international<sup>24</sup>.

Au niveau international, les organisations qui étaient probablement les plus constitutionnalisées stagnent et sont même menacées. La perte continue de légitimité politique de l'Union Européenne était déjà manifeste lors des dernières élections au Parlement européen avec des taux de participation électorale toujours en déclin. Elle a touché le fond avec le Brexit. L'Organisation Mondiale du Commerce souffre de l'échec prolongé des conférences de négociations sur la libéralisation du commerce (par exemple pour le démontage des subventions agricoles), ainsi que de la réduction des douanes, et n'arrive pas à réformer ses institutions. Il n'est donc pas surprenant que l'OMC soit contournée par des conventions commerciales régionales et bilatérales. Les Nations Unies ont été marginalisées dans les conflits armés récents et encore en cours, comme en Syrie et en Ukraine. En effet, l'organisation ne peut pas jouer un rôle important en raison de l'utilisation du veto au sein de son Conseil de sécurité. La Convention européenne des droits de l'Homme qui était célébrée comme instrument constitutionnel de l'ordre public européen et notamment sa « cour constitutionnelle » – c'est-à-dire la Cour européenne des droits de l'Homme – a des problèmes d'effectivité à cause de sa surcharge ainsi que des problèmes de légitimité. La critique de son activisme judiciaire n'est pas seulement formulée par des États toujours sceptiques comme la Russie, mais aussi par des anciens promoteurs de cette justice comme le Royaume-Uni et la Suisse.

Au niveau national, des pseudo-démocraties antilibérales sont en train de monter, comme la Hongrie et la Pologne<sup>25</sup>. Partout en Europe et ailleurs – par exemple au Japon – les partis populistes sont en train de gagner du terrain. Selon les plus importants rapports d'ONG, la démocratie et la protection des libertés publiques sont précaires et même en déclin<sup>26</sup>.

L'émergence d'États importants qui possèdent des systèmes gouvernementaux non démocratiques, comme la Chine, pose problème parce que le constitutionnalisme global doit avoir pour point de départ un socle de principes au niveau national – *at home*. En effet, si la base étatique manque,

---

<sup>23</sup> Concernant la thèse selon laquelle des violations répandues et continues des droits de l'Homme ont déjà sapé l'ordre international dans sa totalité, voir I. WUERTH, « International Law in the Post-Human Rights Era », *Texas Law Review*, n° 96, 2017.

<sup>24</sup> Concernant l'idée que la fixité des frontières (principe de l'intégrité territoriale) serait encore une norme enracinée et reconnue dans le droit international alors même qu'elle peut être considérée comme contre-productive, du fait des conflits qu'elle peut entraîner, voir B. ATZILI, *Good Fences, Bad Neighbors: Border Fixity and International Conflict*, Chicago, University of Chicago Press, 2012.

<sup>25</sup> Résolution du Parlement européen sur la situation en Pologne du 13 avril 2016 (2015/3031(RSP)) ; Résolution du Parlement européen sur la situation en Hongrie du 17 mai 2017 (2017/2656(RSP)).

<sup>26</sup> Freedom House, *Freedom in the World*, [www.freedomhouse.org](http://www.freedomhouse.org) ; Human Rights Watch, *World Report 2017*, 2017.

l'application des principes constitutionnalistes aux organisations internationales sera difficile.

## **5. LE CONSTITUTIONNALISME SOUS LE FEU DES CRITIQUES**

Cette fragmentation politique a nourri les critiques contre le constitutionnalisme global entendu comme discours et comme cadre intellectuel<sup>27</sup>. Je voudrais me concentrer sur la critique normative qui est certainement la plus pertinente.

Tout d'abord, les principes constitutionnalistes tant applaudis pourraient être considérés trop européens pour être acceptables universellement. Le discours autour de ces principes serait un discours euro-centrique. Or l'euro-centrisme pourrait favoriser une hégémonie de l'Occident sur le reste du monde<sup>28</sup>. Dans cet ordre d'idées, l'auteur népalais Surendra Bhandari souligne que :

L'émergence du constitutionnalisme en droit international [...] n'est pas proprement euro-centrique dans son concept et dans sa nature pas plus qu'américaine, latino-américaine, africaine ou asiatique. Il s'agit plutôt d'un concept forgé par les aspirations universelles et communes de l'Humanité. Néanmoins, la pratique de création de concepts et leur transmutation en règles de droit international, s'est massivement occidentalisée, ce qui est une des raisons du désenchantement global et de l'effet boomerang contre le constitutionnalisme global<sup>29</sup>.

Ensuite, le constitutionnalisme, mouvement du XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècle, pourrait être trop « libéral » – au sens européen du terme –, c'est-à-dire trop insensible à l'inégalité sociale qui existe dans le monde et à l'exploitation des grands groupes humains et des ressources naturelles. Notamment, dans une époque de mondialisation sans pitié, il devient évident que les grands traités d'investissements et de commerce adoptés en forme constitutionnelle verrouillent les schémas néo-libéraux d'accumulation du capital. Cette critique souligne donc le décalage entre, d'une part, les règles mondiales permissives pour le marché, qui protègent et sécurisent les échanges internationaux de capitaux et, d'autre part, les régimes nationaux protecteurs, qui ont pour dessein d'établir des politiques au niveau local (national) afin de redistribuer les richesses et de corriger les défaillances du marché qui pourraient être entraînées par la délocalisation d'entreprises<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Jean d'Aspremont pose le diagnostic d'une « rage anti-constitutionnaliste » parmi les spécialistes du droit international : J. D'ASPREMONT, « International Legal Constitutionalism, Legal Forms, and the Need for Villains », in A.F. LANG et A. WIENER (dir.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Londres, Elgar, 2017, p. 155-169, notamment p. 155. La critique d'Aspremont, très sophistiquée, interprète le débat entre constitutionnalistes et anti-constitutionnalistes comme l'expression et la continuation du débat à propos du rôle du formalisme juridique dans le droit international (*ibid.*, p. 166).

<sup>28</sup> S. BHANDARI, *Global Constitutionalism and the Path of International Law: Transformation of Law and State in the Globalized World*, Leiden, Brill, 2016, p. 41-44.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 266-267 (trad. L. Leboeuf).

<sup>30</sup> S. GILL et A.C. CUTLER (dir.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Pour une tentative de confrontation de ce penchant

Enfin, selon la critique « pluraliste » la diversité politique, économique, intellectuelle et morale de la population mondiale rend le constitutionnalisme global à la fois inatteignable et illégitime<sup>31</sup>. Ainsi les arrangements constitutionnels seraient en réalité imposés par un groupe au reste du monde et seraient toujours, pour cette raison, une imposition impériale plutôt que le résultat d'un acte de *self-government*.

## 6. LA RÉSISTANCE CONSTITUTIONNALISTE

Ces critiques sont devenues plus fortes et peut-être plus convaincantes dans la situation politique mondiale contemporaine. Elles ont d'ailleurs contribué au sentiment de déclin de l'Occident. Qu'est que cela signifie pour l'idéologie sous-jacente au constitutionnalisme ? A-t-elle échoué ? Va-t-elle disparaître ? On se souvient que l'éclatement politique et économique du bloc socialiste a bel et bien fait disparaître le communisme qui constituait son idéologie sous-jacente. Est-ce qu'alors, dans une évolution parallèle, la perte de poids économique et politique de l'Occident va entraîner l'effondrement du constitutionnalisme ? Le juriste Japonais Yasuaki Onuma a identifié ce problème comme étant central pour le droit international du XX<sup>e</sup> siècle : « le fossé entre la structure de pouvoir occidental-centrée de nature idéationnelle et la structure de pouvoir d'une Asie montante fondée sur la matière ». Il propose aux internationalistes de se pencher sur ce qu'il définit comme « le caractère problématique de l'ordre international occidental-centré actuel entraînant un besoin de réformes pour renforcer la légitimité internationale et se mettre à jour des nouvelles relations de pouvoir dans la société internationale<sup>32</sup> ».

D'une part, je pense que le constitutionnalisme, en tant qu'idée, n'est pas inexorablement voué à échouer, s'il se montre capable de se renouveler. Un éditorial récent du journal *Global Constitutionalism* donne trois raisons à une telle résistance et résilience du constitutionnalisme<sup>33</sup>. Premièrement, il y a des mouvements constitutionnalistes en dehors de l'Europe, par exemple

---

« néo-libéral », voir A. PETERS, « Global Constitutionalism: The Social Dimension », in T. SUAMI, M. KUMM, A. PETERS et D. VANOVERBEKE (dir.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, *op. cit.*

<sup>31</sup> N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>32</sup> Y. ONUMA, *International Law in a Transcivilizational World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 6-7. Onuma propose une approche « trans-civilisationnelle » qu'il définit ainsi : « L'approche trans-civilisationnelle est une perspective à partir de laquelle les citoyens peuvent observer, appréhender, (re)connaître, interpréter, évaluer et chercher à proposer des solutions idoines pour les idées, activités, phénomènes et problèmes transcendants les cloisonnements nationaux, en adoptant un schéma épistémologique et critique fondée sur la reconnaissance de la pluralité des civilisations et des cultures ayant existé à travers l'histoire. [...] L'approche trans-civilisationnelle sonne comme une nouveauté, mais elle ne l'est pas. C'est une re-conceptualisation d'une perspective déjà existante à partir de laquelle les citoyens observent les problèmes transfrontaliers ou globaux en termes civilisationnels, cela incluant les cultures et les religions. » (*ibid.*, p. 19-20, trad. L. Leboeuf).

<sup>33</sup> M. KUMM, J. HAVERCROFT, J. DUNOFF et A. WIENER, « The End of the West and the Future of Global Constitutionalism », *Global Constitutionalism*, n° 6, 2017, p. 1-11.

en Myanmar, Corée du Sud, et en Colombie. Ainsi notre phase de crise et de déclin serait plutôt euro-centriste et non pas vraiment mondiale. Deuxièmement, certains principes sont intégrés avec stabilité dans les traités, les institutions internationales et les pratiques. Autrement dit, il y a un acquis constitutionnaliste qu'il serait difficile de décomposer. Troisièmement, il manque une idéologie alternative attractive. Tous les autres paradigmes de gouvernance, protectionnisme, nationalisme, néo-marxisme, socialisme particulariste ont déjà montré leurs limites, voire leur échec.

D'autre part, nous ne sommes pas confrontés à une idéologie anti-constitutionnaliste uniforme. Trois groupes différents peuvent être identifiés » : le fondamentalisme islamiste, le populisme nationaliste (comme en Hongrie, en Pologne, en Russie et en Turquie), les États autoritaires (comme la Chine ou Singapour). Or, il se peut qu'entre ces trois groupes l'*overlapping consensus* soit très mince. Ainsi, une coalition entre ces trois camps entraînant un fort courant mondial anti-constitutionnaliste reste assez improbable. Il semble plutôt qu'un des phénomènes propres à la modernité – et même à la post-modernité – soit l'alternance entre les revendications constitutionnalistes et ses critiques.

Pour finir, bien que les idées du constitutionnalisme aient – intentionnellement ou non – pris leur origine en Occident, avec les révolutions françaises et américaines, il n'existe aucun lien intrinsèque entre une région géographique spécifique du monde et le constitutionnalisme. Le fait qu'un ensemble d'idées aient leur origine dans un contexte régional, n'exclut pas qu'elles puissent être répandues, adaptées et appropriées dans les autres cultures. À l'heure actuelle, le constitutionnalisme comme système idéal et mode de gouvernance n'est plus l'apanage exclusif des États occidentaux. Il semble plutôt que le constitutionnalisme soit répandu à travers le monde, même si le constitutionnalisme extra-occidental n'est pas nécessairement identique au constitutionnalisme occidental<sup>34</sup>. Pour cette raison, nous devons étudier de plus près les constitutionnalismes « non-occidentaux » et les intégrer dans nos réflexions, pour ouvrir un nouveau chemin dans le développement d'un constitutionnalisme mondial qui serait plus inclusif et plus nuancé<sup>35</sup>. Je pense que cela est en théorie possible. Certes, il y a des préconditions culturelles au constitutionnalisme, seulement celles-ci ne sont pas enracinées dans une région géographique ; elles sont donc universalisables, d'autant plus que les cultures évoluent continuellement. Dans chaque région du monde nous avons vu des vagues de revendications constitutionnalistes suivies par des contre-réactions, comme par exemple la Restauration en France du XIX<sup>e</sup> siècle. Pour ces raisons, j'estime que la crise contemporaine du constitutionnalisme n'a rien d'anormal.

---

<sup>34</sup> Une différence importante pourrait concerner le statut constitutionnel de la religion dans divers pays non européens. Voir par exemple B. SCHONTHAL, « Formations of Buddhist Constitutionalism in South and Southeast Asia », *Journal of International Constitutional Law*, n° 15, 2017, p. 705-733 ; R. GROTE et T.J. RÖDER (dir.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>35</sup> T. SUAMI, M. KUMM, A. PETERS et D. VANOVERBEKE (dir.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, op. cit.



## 7. CONCLUSION

Ma réponse aux critiques du constitutionnalisme global et au déplacement mondial des centres de pouvoirs (*power shift*) est multiple. Tout d'abord, le pluralisme et le constitutionnalisme ne sont pas des propositions contradictoires. Nous devons cependant être conscients des influences culturelles et historiques qui pèsent sur les concepts constitutionnalistes, comme la démocratie et la *rule of law*. Ensuite, les constitutionnalistes doivent admettre que – de fait – ces concepts étaient souvent abusifs, car employés pour camoufler des politiques impérialistes. Néanmoins, je pense que des cultures diverses du monde peuvent intégrer le constitutionnalisme dans leur propre logique. J'ai à cet effet déjà souligné le fait que les cultures ne sont pas des entités stables et immuables, mais peuvent changer et évoluer. C'est donc par l'interaction des cultures, leur hybridation et la *globalisation* que des nouvelles idées, concepts et arguments apparaissent. Ainsi, faut-il selon moi penser le constitutionnalisme comme une idée de départ qui serait ensuite modelable dans son contenu à l'échelle universelle.

L'objection critique selon laquelle l'aspiration universaliste serait en réalité (toujours ou habituellement) une tentative de camoufler des intérêts particuliers avec l'intention d'établir une hégémonie est problématique. L'affirmation qu'au fond chaque allégation des normes universelles serait intrinsèquement un camouflage pour un jeu de pouvoir et n'exprimerait jamais une conviction sincère de l'énonciateur met en question la vérité de cette affirmation elle-même (dans sa prétention à être correcte et généralement valide). Tenue absolument, cette affirmation est intrinsèquement contradictoire et ne peut pas être réfutée dans un discours rationnel. Pour cette raison, l'argument de l'hégémonie voilée des aspirations universalistes ne peut être soutenu que dans sa forme atténuée et empirique : selon l'expérience historique, les proclamations universalistes ont souvent été des prétextes pour établir en réalité une domination politique. Il est donc important d'identifier ces abus et de contribuer à créer les conditions pour les éviter à l'avenir.

Pour ceux qui ne prennent même pas la peine de tenter d'instaurer un universalisme suffisamment flexible pour intégrer diverses aspirations, l'argument de l'hégémonisme inné des aspirations universalistes est une recette pour rester intellectuellement et politiquement passif et ainsi finalement consentir à l'état des choses et donc à l'injustice mondiale. Il faut plutôt écouter des auteurs comme le chinois Bin Li qui propose de tenir compte de la spécificité de la Chine dans l'appréhension pluraliste du *nexus* entre légitimité politique et droit, afin de tenir compte du « refus de la Chine d'une interprétation formelle du constitutionalisme<sup>36</sup> ».

Le principe constitutionnel du pluralisme suppose donc d'accepter le plus de diversité possible dans de multiples sphères. Cela signifie que des standards différents – concernant, par exemple, le procès équitable – devraient, jusqu'à un certain point, être tolérés en fonction de la distinction des

---

<sup>36</sup> B. LI, « China's Socialist Rule of Law and Global Constitutionalism », art. cité. (trad. L. Leboeuf).

régimes. Par exemple, on pourrait se poser la question de savoir comment le régime des sanctions ciblées, imposé par le Conseil de sécurité des Nations Unies, satisfait aux standards du *due process* bien que les personnes *black-listed* n'ont pas accès au juge, contrairement à ce qui est requis par l'Union Européenne. On pourrait reconnaître que la procédure de l'*ombudsperson* est un premier pas vers un système conforme à la *rule of law*. Une telle acceptation et tolérance mutuelle et réciproque semble nécessaire tant qu'un niveau minimal de légitimation par les outils constitutionnels n'est pas mis en œuvre. Naturellement la question reste de savoir où se trouve exactement le seuil minimum et surtout qui doit le définir.

Si les deux paramètres susmentionnés, le pluralisme et la tolérance constitutionnelle, sont respectés, le constitutionnalisme global en tant que cadre cognitif pourrait remplir deux tâches : permettre une nouvelle compréhension de la pratique juridique existante et ouvrir un horizon normatif pour des réformes. Cependant, ce cadre de réflexion pourrait dévoiler des déficits structurels du droit international, comme le manque de démocratie dans la fabrication du droit international et la faible responsabilité démocratique (*accountability*) des organisations internationales. Il est utile d'appeler ces aspects du droit et des institutions internationales des déficits constitutionnels, parce que ce vocabulaire – et le paradigme auquel il se rapporte – facilite l'appréhension de ces problèmes sous un jour différent. Par exemple, l'analyse de certaines cours internationales dans la perspective de l'*international constitutional review*<sup>37</sup> rend plus visible et complexe les soucis démocratiques de ces juridictions au lieu de les simplifier et de les banaliser en revenant toujours au problème de « souveraineté ». Ainsi, le constitutionnalisme global pourra déployer, et cela est à mon avis sa tâche principale, son potentiel de critique constructive.

### **Anne Peters**

*Directrice à l'Institut Max Planck de droit public comparé et droit international.*

---

<sup>37</sup> K.J. ALTER, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2014, chapitre 8, p. 282-331.

Gunther Teubner

CONSTITUTIONNALISME SOCIÉTAL :  
NEUF VARIATIONS SUR UN THÈME DE DAVID SCIULLI \*

**U***bi societas, ibi constitutio* – telle est la thèse centrale du pluralisme constitutionnel transnational. Partout où apparaissent des entités sociales dans la société mondiale – systèmes fonctionnels, organisations formelles ou régimes transnationaux –, des constitutions propres se forment qui disputent la préention des constitutions étatiques au monopole<sup>1</sup>. Chris Thornhill caractérise ce courant de la théorie constitutionnelle de la manière suivante :

En tant qu'antithèse à la doctrine soutenant un rapport indispensable entre la constitution et l'État, cette doctrine soutient une théorie sur le pluralisme constitutionnel transnational, selon laquelle tous les systèmes de communication se séparent tendanciellement des centres de décision politico-juridiques et produisent, par-delà les frontières géographiques régionales, un tissu normatif, plus ou moins spontané, s'autorégulant de façon interne. Les frontières régionales et les frontières de l'État-nation sont ainsi remplacées par des frontières fonctionnelles qui représentent les points de référence du processus constituant et de la validité constitutionnelle<sup>2</sup>.

Au fondement du pluralisme constitutionnel transnational se trouve une triple critique qui vise la pensée constitutionnelle traditionnelle<sup>3</sup>. Le pluralisme constitutionnel transnational critique la place centrale qui est réservée au droit parce que les constitutions sont réduites à être de simples normes juridiques de rang supérieur. À l'opposé, cette théorie affirme la priorité d'une auto-fondation [*Selbstkonstituierung*] sociétale<sup>4</sup>. Elle s'oppose à la place centrale qui est réservée à l'État parce que les constitutions ne sont re-

---

\* La version originale de cet article a été publiée dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 76, 2016, p. 1-25. Traduction d'Isabelle Aubert, Maître de conférences en philosophie du droit, Directrice adjointe de l'UFR de philosophie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

<sup>1</sup> G. THOMPSON « Review Essay: Socializing the Constitution ? », *Economy and Society*, n° 44, 2015, p. 480 offre une vue d'ensemble de cette littérature récente sur le constitutionnalisme sociétal.

<sup>2</sup> C. THORNHILL, « Politische Macht und Verfassung jenseits des Nationalstaats », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n° 32, 2011, p. 205, p. 212.

<sup>3</sup> J. DE MUNCK, « From Orthodox to Societal Constitutionalism », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, London, Routledge, 2016, p. 135 ; A. FEBBRAJO, « Constitutionalism and Legal Pluralism », in A. FEBBRAJO et G. CORSI (dir.), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Ashgate, Abingdon, 2016, p. 68.

<sup>4</sup> P.F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, London, Routledge, 2014, p. 122 sq.

pérées que dans le secteur « public<sup>5</sup>. » En effet, on trouve tout aussi bien et de manière croissante des constitutions dans les entreprises, les marchés, les universités privées, les fondations, la presse, les intermédiaires de l'Internet et d'autres institutions « privées »<sup>6</sup>. Cette critique du nationalisme méthodologique révèle en même temps comment le pluralisme constitutionnel transnational élargit son champ de vision en s'intéressant à des processus de constitutionnalisation globaux et en identifiant des phénomènes constitutionnels dans les régimes transnationaux aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé<sup>7</sup>.

Pourquoi cet « oubli de la société<sup>8</sup> » dans le constitutionnalisme traditionnel ? Pourquoi est-il aveugle aux constitutions qui se forment au-delà de l'État ? L'explication historique est la suivante. Après l'effondrement du féodalisme, toutes les instances intermédiaires perdirent leur légitimité et la constitution établit exclusivement les rapports entre l'État et les citoyens ; de son côté, le domaine social fut considéré comme la sphère des activités individuelles, laquelle fut protégée de l'intervention étatique par les droits fondamentaux mais sans être soumise à des exigences constitutionnelles. Le droit privé, qui encadre les relations horizontales entre les individus, fut considéré comme suffisant. Des analyses socio-historiques montrent aujourd'hui comment cette explication sociologique de l'époque était inadéquate. La révolution organisationnelle et la croissance dramatique de la différenciation fonctionnelle donnèrent naissance à des institutions autonomes non étatiques de grande échelle – les nouveaux pouvoirs intermédiaires – et soulevèrent à leur tour de sérieux problèmes constitutionnels qui ne pouvaient être résolus de façon satisfaisante par les constitutions étatiques<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> J. BROQUET, « Une approche épistémologique de la notion de couplage structurel : l'exemple de la constitution économique », in L. SOSOE (dir.), *Le droit – un système social. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann*, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 2015, p. 157, p. 166 sq. (sur la constitution économique) ; J. PRIBÁN, « The Concept of Self-Limiting Polity in EU Constitutionalism: A Systems Theoretical Outline », in J. PRIBÁN (dir.), *Self-Constitution of European Society : Beyond EU Politics, Law and Governance*, 2016, p. 37 (sur les constitutions sociétales).

<sup>6</sup> P. GUIBENTIF, « Societal Conditions of Self-Constitution », in J. PRIBÁN, *Self-Constitution*, op. cit., p. 274 ; T. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, 2015, p. 99 sq., p. 114 sq.

<sup>7</sup> L. VIELLECHNER, « Verfassung als Chiffre : Zur Konvergenz von konstitutionalistischen und pluralistischen Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 75, 2015, p. 231 ; K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 714 sq. V. CHAMPEIL-DESPLATS émet des objections critiques contre le constitutionnalisme sociétal dans V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, op. cit., p. 157.

<sup>8</sup> C. MENKE, *Kritik der Rechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 2015, p. 327.

<sup>9</sup> C. PINELLI, « Constitutionalism and Globalisation: A Disputed Relation », in A. FEBBRAJO et G. CORSI, *Sociology of Constitutions*, op. cit., p. 125, p. 130 sq. ; P. F. KJAER, « From Corporatism to Governance: Dimensions of a Theory of Intermediary Institutions », in P. F. KJAER et E. HARMANN (dir.), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015, p. 11 ; P. F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, op. cit., p. 17 sq. ;

Avec les vagues plus récentes de la globalisation, les problèmes constitutionnels se sont renforcés dans différents secteurs de la société mondiale<sup>10</sup>. Ces évolutions forment le contexte dans lequel des institutions non étatiques ont été soumises à des processus de constitutionnalisation et dans lequel un constitutionnalisme sociétal transnational est devenu un problème structurel central pour la société mondiale<sup>11</sup>.

Le défi constitutionnel posé par la globalisation actuelle est celui de la possibilité même et de la forme que pourraient prendre des institutions, qu'elles soient aujourd'hui caractérisées de « privées » ou de « publiques », dont le fonctionnement soit démocratique et qui soient tenues de respecter les droits des individus<sup>12</sup>.

Tandis que le constitutionnalisme traditionnel se concentre toujours encore exclusivement sur les États-nations, des organisations internationales et des régimes transnationaux ont depuis longtemps commencé à développer des constitutions propres. L'Organisation mondiale du commerce (OMC), la gouvernance de l'Internet, l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), des régimes transnationaux hybrides, tels que la *lex mercatoria*, la *lex finanziaria*, la *lex sportiva*, la « constitution d'une gouvernance privée » pour les réseaux contractuels<sup>13</sup>, mais aussi la réglementation globale du secteur de la santé, de la protection environnementale et la protection de la culture sont des exemples significatifs de ce que s'opère actuellement une constitutionnalisation des institutions transnationales<sup>14</sup>. Un

---

P. FEMIA, « Against the “Pestilential Gods” », *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, n° 40, 2011, p. 260.

<sup>10</sup> S. FRERICHS, « The Rule of the Market: Economic Constitutionalism Understood Sociologically », in P. BLOKKER & C. THORNHILL (dir.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 241, p. 248 sq. ; S. PINON, « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 108, 2016, p. 927.

<sup>11</sup> Sur une « cartographie du constitutionnalisme global », voir G. TUSSEAU, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 179, p. 185 sq.

<sup>12</sup> J.-P. ROBÉ, « Les multinationales, vecteur d'un nouveau constitutionnalisme », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n° 56, 2013, p. 337, p. 354 sq.

<sup>13</sup> Sur l'OMC, voir E. COMTOIS-DINEL, « La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ? », *Lex Electronica*, 11, 2006, p. 15 sq. ; D.Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; sur l'ICANN : M. RENNERT, *Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2011 ; sur la *lex finanziaria* : J. HORST, « *Lex Financiaria*: Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association », *Archiv des Völkerrechts*, n° 53, 2015, p. 461 ; sur la *lex sportiva* : A. DUVAL, « The Olympic Charter as Constitution: Faster, Higher, Stronger », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018 (à paraître) ; sur la « constitution de la gouvernance privée », voir H. MUIR WATT, « L'émergence du réseau et le droit international privé », in L. D'AVOUT, D. BUREAU et H. MUIR-WATT (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, 2014, p. 535, p. 550.

<sup>14</sup> Sur les régimes IP, voir D. WIELSCH, « Private Governance of Knowledge: Societally Crafted Intellectual Properties Regimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 907 ; sur le secteur de la santé : A. KRAJEWSKA, « Bioethics and Human Rights in the Constitutional Formation of Global Health », *Laws*, 2015, p. 771 ; sur la « république de

phénomène très controversé est enfin le « *corporate constitutionalism* », c'est-à-dire la constitutionnalisation d'entreprises multinationales<sup>15</sup>.

La constitutionnalisation au-delà de l'État-nation peut être observée comme un processus évolutionnaire qui a lieu dans deux directions différentes : dans les processus politiques transnationaux au-delà des constitutions étatiques ; et, en même temps, en dehors de la politique internationale, dans les secteurs « privés » de la société mondiale<sup>16</sup>. Une théorie constitutionnelle qui analyse de tels processus prend ses distances par rapport à l'application réductrice du droit constitutionnel à l'État-nation et se focalise sur les constitutions sociétales dans l'espace national et l'espace transnational.

Cette vue « étendue » du constitutionalisme observe l'émergence au niveau social d'une multiplicité de constitutions civiles pour lesquelles le seul dénominateur serait le système du droit, au lieu de la politique et le droit, désormais le droit et l'économie, le droit et la science, le droit et internet<sup>17</sup>.

Une triple mission se présente alors : 1) examiner des processus de constitutionnalisation se déroulant réellement en dehors des États-nations, 2) élaborer une théorie du constitutionalisme sociétal transnational et 3) développer des perspectives normatives pour la politique constitutionnelle et le droit constitutionnel<sup>18</sup>.

---

la science » : B. HURLBUT, « A Science that Knows no Country: Pandemic Preparedness, Global Risk, Sovereign Science », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018 (à paraître) ; sur la protection de l'environnement : L. J. KOTZÉ, « Arguing Global Environmental Constitutionalism », *Revista Opinião Jurídica*, n° 17, 2015, p. 398 ; J. ELLIS, « Constitutionalization of Nongovernmental Certification Programs », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 1035 ; sur la protection de la diversité culturelle, voir C. ROMAINVILLE, « Le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel comparé », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, n° 30, 2014, p. 567 ; sur la religion, voir I. AUGSBERG, « Canon Law as a Transnational Regime », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018 (à paraître) ; sur la justice transitionnelle, voir F. KASTNER, « Fabricating Lex Transitus: On the Constitutionalisation of a New Global Legal Regime of Transitional Justice in World Society », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018 (à paraître).

<sup>15</sup> Sur ce point particulier, voir les contributions de John Ruggie et de Jean-Philippe Robé dans l'ouvrage collectif J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, op. cit., p. XI, p. 157 ; L.C. BACKER, « The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise in the 21<sup>st</sup> Century », *Working Papers Coalition for Peace & Ethics*, n° 6, 2014 ; J.-P. ROBÉ, « L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir », in R. BAUDOIN (dir.), *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Paris, Lethielleux, 2012, p. 281 ; A. LYON-CAEN, « Enquête juridique de l'entreprise », in A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Paris, Dalloz, 2012, p. 3.

<sup>16</sup> D. WIELSCH, « Private Governance of Knowledge », art. cité, p. 922 sq.

<sup>17</sup> J. BROQUET, « Une approche épistémologique de la notion de couplage structurel », art. cité, p. 168.

<sup>18</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? », art. cité, développe une typologie instructive des différentes versions du constitutionalisme sociétal – 1) structurelle, 2) institutionnelle, 3) contractualiste et 4) axiologique – qui met en lumière des différences pertinentes. Ma propre version semble proche des variantes institutionnelle et structurelle, mais aucune des deux ne lui correspond entièrement. Je suggère un cinquième type de constitutionalisme sociétal : une version socio-juridique. Cette dernière in-

Toutefois, au sein du constitutionnalisme sociétal, on constate qu'une controverse à plusieurs voix est en cours qui concerne la question de savoir qui sont les sujets des constitutions non-étatiques, quelle est l'origine de celles-ci, leur légitimation, leur portée et leur structure interne. Quels sont ces processus sociaux qui produisent le pluralisme des constitutions sociétales ? De quelle manière les constitutions construisent-elles des ordres pour d'authentiques processus sociaux ? Au lieu de prendre parti de façon hâtive dans cette controverse, il semble plus fructueux de ne pas la réduire à un conflit entre des positions incompatibles mais de la comprendre comme un « thème avec des variations ». On peut donc considérer les différentes positions en débat comme des tentatives pour élucider en détail le potentiel du « thème » dans ses « mises en œuvre » plus ou moins fructueuses. Les questions directrices suivantes doivent être posées aux nombreuses variations :

1. Quel est le « principe de composition » correspondant de chacune des variations ?
2. Quels sont les problèmes qui apparaissent dans leurs « mises en œuvre » ?
3. Quels sont leurs « motifs » qu'il s'agit de conserver ?

C'est en ce sens que le thème du constitutionnalisme sociétal composé par David Sciulli doit d'abord être présenté brièvement. Ensuite on exposera six variations par rapport au thème de Sciulli qui emprunteront deux séries de direction. Une première série de variations comprend la constitutionnalisation comme l'expansion d'une rationalité unique dans les domaines sociaux. Une deuxième série tient au motif de l'unité de la constitution malgré la pluralité du constitutionnalisme sociétal. Dans la « partie finale », trois variations supplémentaires reprennent et développent à nouveaux frais les motifs à conserver en accueillant d'une nouvelle manière le « thème initial ».

### THÈME INITIAL DE DAVID SCIULLI

C'est au sociologue américain David Sciulli que l'on doit le mérite d'avoir proposé le thème du constitutionnalisme sociétal<sup>19</sup>. Il est vrai qu'il y a eu des éléments précurseurs dans la conception de la constitution économique de Hugo Sinzheimer et de Franz Böhm, la théorie du *private government* de Philip Selznick ou encore le concept de constitution sociale de

---

siste sur la co-originarité des processus sociaux et juridiques à l'intérieur d'une constitution, leur autonomie et séparation strictes, en même temps que leur relation mutuelle dans un processus « hybride » ou « co-évolutionnaire ». Sur ce point, voir G. TEUBNER, « La question constitutionnelle au-delà de l'État-nation : pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel », *Revue de droit public et de science politique*, 2018 (à paraître).

<sup>19</sup> D. SCIULLI, « Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action and Procedural Legality », *British Journal of Sociology*, n° 39, 1988, p. 377 ; *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 ; *Corporate Power in Civil Society. An Application of Societal Constitutionalism*, New York, New York University Press, 2001.

Reinhart Koselleck<sup>20</sup>. Mais Sciulli a été le premier à exposer une théorie aboutie du constitutionnalisme sociétal. En partant du dilemme de la rationalisation de la modernité présenté par Max Weber, il cherche à savoir s'il peut y avoir des forces opposées à la dérive massive de l'évolution actuelle qui implique la propagation croissante d'un autoritarisme au sein de la société. La seule dynamique sociale qui, dans le passé, a effectivement freiné une telle dérive et qui peut lui opposer une résistance à l'avenir est à trouver, selon Sciulli, dans les institutions d'un « *societal constitutionalism* ». L'institutionnalisation de « *collegial formations* », que l'on peut reconnaître dans des formes d'organisation spécifiques des professions et dans d'autres institutions délibératives productrices de normes, est décisive.

## PREMIÈRE SÉRIE DE VARIATIONS : L'EXPANSION DES RATIONALITÉS PARTIELLES

### *Variation I : le bras long de la constitution étatique*

Au sein de la tradition constitutionnelle se trouve encore une conception qui essaie de concevoir les constitutions sociétales sectorielles comme des expansions de la constitution étatique et qui essaie de concentrer les normes relatives aux divers secteurs de la société dans une institution juridique. Rupert Scholz soutient que, dans la constitution de l'État allemand, on trouve – en particulier dans la partie des droits fondamentaux et dans la réglementation sur les compétences législatives – les éléments d'une constitution économique, d'une constitution de la culture, d'une constitution des médias, d'une constitution de l'armée, d'une constitution de l'environnement, dont les structures fondamentales données encadrent ces secteurs sociaux suivant la perspective de l'État. En tant que principes juridiques de droit objectif, les droits fondamentaux étatiques « organisent » les secteurs sociaux. Ce serait la tâche du droit constitutionnel d'agencer ces éléments en un système cohérent de constitutions sociétales sectorielles étatiquement organisées et d'en déduire d'autres normes constitutionnelles<sup>21</sup>.

Une autre tentative, de plus grande ampleur, s'efforce d'étendre la constitution étatique au-delà de la politique et de réinterpréter la constitution de l'ensemble de la société. Selon Karl-Heinz Ladeur, de tout temps, même dans le constitutionnalisme primitif, la constitution politique aurait toujours été en même temps la constitution de la société<sup>22</sup>. Ulrich Preuss défend une

---

<sup>20</sup> H. SINZHEIMER, « Das Wesen des Arbeitsrechts » [1927], in O. KAHN-FREUND et T. RAMM (dir.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Frankfurt, EVA, 1976, p. 108 ; F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO, n° 17, 1966, p. 75 ; P. SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, Russell Sage, 1969 ; R. KOSELLECK, « Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung », in R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten : Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt, Suhrkamp, 2006, p. 365.

<sup>21</sup> R. SCHOLZ, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, München, Beck, 1971 ; *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.

<sup>22</sup> K.-H. LADEUR, « Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht : "Verfassungsprivatrecht" als Kollisionsrecht », in G.-P. CALLIES *e. a.*, *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift G. Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 2009, p. 543.



vue semblable bien qu'un peu plus prudente. Les principes de la constitution politique, en particulier les droits fondamentaux, ne seraient pas seulement formulés pour le processus politique de formation de la volonté : « Ils incarnent des principes normatifs, envers lesquels la société même s'engage, et qui doivent pénétrer tous les rapports sociaux<sup>23</sup> ».

Les auteurs qui essaient de ramener les constitutions sociétales existantes dans l'espace transnational à des constitutions étatiques affrontent de grandes difficultés. Certains auteurs désireux d'expliquer l'existence indiscutable de la constitutionnalité transnationale soutiennent l'idée selon laquelle il y a une expansion de la zone d'influence des constitutions étatiques au-delà des frontières nationales. Tous les problèmes constitutionnels qui apparaissent en dehors des États-nations, telles les questions concernant les droits fondamentaux des usagers de l'Internet ou celles relatives aux garanties de l'État de droit dans les procédures d'arbitrage, seraient résolus par le fait que les principes des États nationaux se sont « étendus » aux espaces transnationaux<sup>24</sup>. Marcelo Neves développe des arguments similaires lorsqu'il propose un « transconstitutionnalisme<sup>25</sup> », car s'il admet que des problèmes constitutionnels apparaissent aussi de façon massive sur le plan transnational, il insiste sur le fait qu'ils ne seront pas résolus par des constitutions d'institutions transnationales mais grâce à l'« interdépendance » des constitutions étatiques<sup>26</sup>. Une autre manière de reconduire en dernière instance les constitutions sociétales transnationales au monde des États consiste à les considérer comme étant incorporées de façon légitime dans l'ordre néowestphalien des États nationaux et à leur reconnaître simplement de la sorte une autonomie restreinte<sup>27</sup>.

Toutes les versions de cet étatisme constitutionnel qui étend ses principes aux constitutions sociétales sous-estiment cependant de façon systématique le potentiel constitutionnel particulier des institutions sociales. Il y a une explication théorique à leur autoconstitutionnalisation : la différencia-

---

<sup>23</sup> U.K. PREUSS, « La garantie des droits : “les droits horizontaux” », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. III, Paris, Dalloz, 2012, p. 233 ; O. BEAUD, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus Politicum*, 2014, <http://juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html> 10.

<sup>24</sup> K.-H. LADEUR et L. VIELLECHNER, « Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes », *Archiv des Völkerrechts*, n° 46, 2008, p. 42.

<sup>25</sup> M. NEVES, *Transconstitutionalism*, London, Hart, 2013.

<sup>26</sup> Dans toutes les versions, une question reste obscure : celle de savoir comment cette expansion quelque peu mystérieuse se fait dans le détail, et en particulier celle de savoir quelles institutions décident de l'expansion par un acte de production de normes qui sélectionne, il est vrai, régulièrement parmi différentes alternatives. Si les cours constitutionnelles des États nationaux ne sont pas les seules à décider, et si les tribunaux internationaux et les tribunaux d'arbitrage jouent également un rôle, alors les deux versions doivent admettre que le droit constitutionnel transnational apparaît indépendamment du droit constitutionnel national.

<sup>27</sup> K.D. WOLF, « The Non-Existence of Private Self-Regulation in the Transnational Sphere and Its Implications for the Responsibility to Procure Legitimacy: The Case of the *lex sportiva* », *Global Constitutionalism*, n° 3, 2014, p. 275.

tion fonctionnelle de la société n'est pas une question fondamentale de décision politique mais un processus évolutif complexe d'où il ressort progressivement des distinctions directrices qui forment des institutions spécialisées selon leur logique propre. Dans ce processus, des systèmes fonctionnels se « constituent » [*verfassen*] eux-mêmes en déterminant leur identité propre à partir des sémantiques élaborées de l'auto-donation de sens, de la réflexion et de l'autonomie<sup>28</sup>. Il en va de même, dans le cadre d'autres processus de différenciation, des organisations formelles et des régimes transnationaux<sup>29</sup>.

L'élément à retenir, somme toute, des variations étatiques du constitutionnalisme sociétal est que les constitutions étatiques demeurent le grand modèle historique des processus de constitutionnalisation. Elles ont produit un riche réservoir d'institutions de droit constitutionnel – de façon proéminente : la séparation des pouvoirs, l'État de droit, la démocratie et les droits fondamentaux – auquel d'autres constitutions sociétales peuvent se rapporter tout en procédant à leur généralisation et leur respécification<sup>30</sup>. Ce sont des modèles surtout parce qu'elles ont réussi de façon paradoxale à limiter efficacement, dans les processus de pouvoir, l'apparition de formes totalisantes du pouvoir politique qui soient immanentes à ce dernier et cela en usant précisément du pouvoir politique contre lui-même. Quant à savoir si une telle autolimitation peut réussir aussi dans d'autres sous-systèmes sociaux qui présentent des tendances semblables à la totalisation, c'est l'une des questions les plus importantes du constitutionnalisme sociétal<sup>31</sup>.

### **Variation II : l'expansion du politique**

Les analyses qui repèrent de façon empirique l'indépendance des constitutions sociétales par rapport à l'État renoncent aux tentatives douteuses qui cherchent à sauver le monopole étatique de la constitution en interprétant le phénomène de la constitution sociétale comme une « expansion » plus ou moins mystérieuse de la constitution étatique. Selon elles, l'apparition des constitutions sociétales est due à une dissociation de la politique et de l'État : dans le processus de globalisation le système politique s'est étendu au-delà du domaine étatique vers la politique internationale et en même temps vers des domaines mondiaux. Poul Kjaer observe la production d'un « type transnational spécifique du politique qui, dans son orientation, dans son auto-compréhension et dans sa configuration institutionnelle, est substantiellement différente de la forme du politique qui tend à dominer dans les contextes nationaux<sup>32</sup> ». D'après Thornhill, on peut identifier empirique-

---

<sup>28</sup> N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, p. 745 ; H. RABAULT, *Un monde sans réalité ? En compagnie de Niklas Luhmann : épistémologie, politique et droit*, Québec, Presses de l'Université, 2012, ch. 2 et 3 ; sur la constitution de la science voir B. HURLBUT, « A Science that Knows no Country », art. cité.

<sup>29</sup> P. F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, *op. cit.*, p. 21 sq.

<sup>30</sup> R. PRANDINI, « The Morphogenesis of Constitutionalism », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 309, p. 311.

<sup>31</sup> H. LINDAHL, « We and Cyberlaw : The Spatial Unity of Constitutional Orders », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 697, p. 725 sq.

<sup>32</sup> P. F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, *op. cit.*, p. 83 sq., p. 97.

ment des micro-constitutions dans la société mondiale, structurée de façon plurielle, qui formalisent des processus de pouvoir à l'intérieur de la société et qui ne sont pas en réalité des constitutions étatiques mais bien des constitutions du pouvoir politique dans la société. Ces micro-constitutions accroissent la sensibilité de différents domaines sociaux et parviennent à les inclure dans le pouvoir politique<sup>33</sup>. On peut résumer les idées de Thornhill par cette belle formule : *Ubi potestas, ibi constitutio*. Tant que l'on ne communique pas par le médium du pouvoir, la société n'a pas besoin de constitution. Dès lors que l'on communique par le médium du pouvoir, la société a besoin d'une constitution.

Le problème ensuite est de devoir néanmoins opérer un « rétrécissement », en repérant les constitutions sociétales uniquement dans les processus du pouvoir politique. Il y a lieu de se demander si l'on doit, comme Thornhill, comprendre la « politisation » de la société qui s'effectue dans les processus de globalisation comme une expansion du système politique, expansion à travers laquelle les processus de pouvoir sont démis de leur lien étroit avec l'État et la politique institutionnalisée et se déroulent en divers endroits de la société mondiale et donc aussi dans d'autres sous-systèmes. En réalité, il serait plus approprié de maintenir le concept de système politique en le définissant clairement comme l'édification d'un pouvoir politique pour la production de décisions collectives, et cela pas seulement dans l'État national mais aussi dans la politique internationale<sup>34</sup>. En parallèle à cela, mais de manière institutionnelle et fonctionnelle, des processus « politiques » se déroulent à l'intérieur des autres sous-systèmes, qui sont exposés de leur côté à une constitutionnalisation autonome. Cette dernière ne norme donc bien entendu pas simplement des processus de pouvoir mais également, à l'intérieur des sous-systèmes, les processus de communication qui leur sont spécifiques. Le désaccord sur la « politisation » de la société ne devrait donc pas être seulement une question de terminologie. On ne devrait pas, comme le fait Thornhill, postuler la nouvelle unité d'un système politique étendu où la communication se fait par le pouvoir, mais identifier des réflexions politiques autonomes et variées dans différents contextes qu'il s'agit de constitutionnaliser. Celles-ci ont effectivement, comme Thornhill le note à juste titre, un « caractère public catégorique<sup>35</sup> », mais ce caractère public n'est pas nécessairement lié à des processus de pouvoir politique. Dans le contexte transnational, le droit privé, et même des formations d'ordre autonome privé, assume souvent des fonctions publiques<sup>36</sup>. La « po-

---

<sup>33</sup> C. THORNHILL, « Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions », *Journal of Classical Sociology*, n° 10, 2010, p. 1 ; voir aussi, J. PRIBÁN, « Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism: From “Weak” Jurisprudence to “Strong” Socio-Legal Theories of Constitutional Power Operations », *Ratio Juris*, n° 28, 2015, p. 31, p. 47 sq.

<sup>34</sup> N. LUHMANN, « Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft », in U. BECK (dir.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, p. 345, p. 375 sq.

<sup>35</sup> C. THORNHILL, « The Sociological Origin of Global Law », in A. FEBBRAJO et G. CORSI (dir.), *Sociology of Constitutions*, op. cit., p. 99, p. 100.

<sup>36</sup> H. MUIR WATT, « Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal-Pluralist Revival », *Transnational Legal Theory*, n° 7, 2016, p. 1 ; B. KINGSBURY, « International Law as Inter-Public Law », in H. R. RICHARDSON et M. S. WILLIAMS (dir.), *Nomos XLIX : Moral*

litique » des banques centrales, celles des organisations scientifiques et des cours constitutionnelles ne peuvent pas être conçues simplement comme des processus partiels prenant place au sein du processus d'édification du pouvoir politique (dont le but est la production de décisions collectives) ; elles doivent être considérées comme les politiques de réflexion d'institutions sociales qui décident au moyen de formes de communication propres de leur fonction sociale et de leurs performances sur d'autres secteurs sociaux.

Il y a cependant un motif dans les variations du thème de Thornhill qui devrait être absolument conservé et développé. Selon Thornhill, les constitutions, et telle est leur action propre, formalisent le médium de communication du pouvoir. La formalisation est la « condition auto-générée de l'autonomie positive et différenciée du pouvoir<sup>37</sup> ». C'est une pensée extrêmement importante qui doit maintenant être généralisée. Les constitutions formalisent les médias de communication de façon très différente dans la médialité du droit<sup>38</sup>. Lors des divers processus autonomes de constitutionnalisation, il n'y a pas que le médium du pouvoir qui est formalisé dans la politique, le sont également les médias de l'argent, du savoir, du droit, de l'information dans leurs domaines d'activité correspondants. Une constitution économique se limite-t-elle donc à formuler simplement des normes fondamentales lorsque des phénomènes du pouvoir économique se manifestent, ou bien régleme-t-elle aussi précisément la communication monétaire en tant que telle, indépendamment du fait qu'elle soit « traduite » ou non dans la communication de pouvoir des hiérarchies d'entreprises ou des monopoles de marché ? Qu'est-ce qui formalise la constitution de la science ? Des luttes de pouvoir à l'intérieur des institutions scientifiques, ou bien des opérations épistémiques ? Et la constitution de la religion ? La constitution de l'Internet ? Et la réponse est : ce ne sont pas simplement les processus de pouvoir du système politique qui formalisent les constitutions mais aussi des processus de communication indépendants du pouvoir qui se déroulent *via* d'autres médias spécifiques aux systèmes.

### **Variation III : Rational Choice Everywhere**

Par rapport aux variations mentionnées jusqu'ici, les théories de la constitution économique développent une version plus radicale du constitutionnalisme sociétal. Elles désolidarisent définitivement les constitutions de l'État, de la politique, du pouvoir ou de la politique internationale et les saisissent comme des ordres sociaux autonomes, en particulier dans le cas des organisations économiques et des marchés. En un sens étroit, le concept de constitution est appliqué aux normes fondamentales de l'agir économique authentique. C'est ce que fait la version ordolibérale d'une constitution économique mondiale, laquelle, pour protéger la concurrence, fait du combat

---

*Universalism and Pluralism*, 2009, n° 167 ; R. WAI, « The Interlegality of Transnational Private Law », *Law & Contemporary Problems*, n° 71, 2008, p. 107.

<sup>37</sup> C. THORNHILL, « Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions », art. cité, p. 14.

<sup>38</sup> F. STEINHÄUER, *Medienverfassung: Untersuchung zur Verfassungswissenschaft nach 1990*, Frankfurt, Fachbereich Rechtswissenschaft, 2015, p. 41 sq.

contre le pouvoir économique la mission de la constitution<sup>39</sup>. Un concept semblable de constitution est conçu également, bien que sous des traits idéologiques opposés, par les représentants d'un « *new constitutionalism* », qui analysent de manière critique les institutions du consensus de Washington comme une constitution économique globale<sup>40</sup>. En un sens large en revanche, des constitutions sont repérées dans tous les groupements sociaux, même non économiques, qui sont dits obéir à la logique économique du *rational choice*<sup>41</sup>.

En parallèle à la critique dénonçant l'expansion du système politique, on doit mener une critique aussi de ces conceptions pour leur impérialisme, quoi qu'il soit de type économique cette fois. Il n'est pas besoin d'une explication plus ample pour comprendre que tout effort prétendant soumettre les structures internes de la religion, de l'art, des médias de l'information aux principes d'une constitution économique, ou prétendant les évaluer uniquement à l'aide des critères du *rational choice*, causerait une violence insupportable à leur rationalité propre aussi bien qu'à une orientation sociale commune.

Mais les théories de la constitution économique laissent transparaitre un motif qui mérite d'être conservé, lorsqu'elles insistent sur le fait que des constitutions ne se rencontrent pas que dans des configurations politico-juridiques mais aussi dans le domaine économique et, au-delà, dans toutes les institutions de la société. Il est à noter également à quel point elles insistent sur l'indépendance des constitutions sociétales par rapport à l'État, c'est-à-dire sur le fait que l'auto-organisation des secteurs sociaux débouche sur leur autoconstitutionnalisation.

#### **Variation IV : summum ius**

Si le principe de composition des variations présentées jusqu'ici consistait à rapporter les constitutions sociétales à l'expansion soit du politique soit de l'économique, une autre variation en fait de même avec l'expansion du juridique et plus généralement de l'institutionnel-normatif. Avec la définition des institutions comme ensembles de normes, on repère donc des « constitutions sectorielles » sociétales, lorsque des ordres juridiques non étatiques commencent à institutionnaliser des normes de rang supérieur<sup>42</sup>. Cette variation prolonge ainsi l'héritage de l'institutionnalisme qui a égale-

---

<sup>39</sup> W. FIKENTSCHER et J. DREXL, « Der Draft International Antitrust Code: Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechts », in W. FIKENTSCHER et U. IMMENGA (dir.), *Draft International Antitrust Code*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 35.

<sup>40</sup> G.W. ANDERSON, « Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 881 ; D. SCHNEIDERMAN, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>41</sup> J.M. BUCHANAN, *Constitutional Economics*, Oxford, Blackwell, 1991 ; V. VANBERG, « Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy », *Journal of Institutional Economics*, n° 1, 2005, p. 23.

<sup>42</sup> A. PETERS, J. KLABBERS et G. ULFSTEIN (dir.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 211 sq.

ment accordé un caractère juridique aux normes des institutions sociales<sup>43</sup>. Et elle poursuit cela au niveau constitutionnel en identifiant des autoconstitutionnalisations dans des institutions non étatiques. Des juristes de droit international travaillent également dans cette perspective institutionnelle et définissent la production de normes juridiques de rang supérieur dans des organisations internationales et dans des « *self-contained regimes* » comme un pluralisme constitutionnel au-delà de l'État national<sup>44</sup>. Ils soulignent ainsi à juste titre la normativité juridique incontournable des constitutions que l'on ne peut pas réduire au simple fait de la « constitutionnalité » des ordres sociaux, comme cela arrive dans certaines analyses constitutionnelles de sciences sociales.

En dépit des nombreux mérites dont bénéficie l'institutionnalisme en reconnaissant ainsi l'autonomie juridique du pluralisme constitutionnel transnational par rapport aux réductions du nationalisme méthodologique, il n'est lui-même pas exempt de tendances réductionnistes, bien que d'un tout autre type. Le danger d'une vue institutionnelle tient à ce qu'elle restreint de façon formaliste la perspective en se focalisant sur les normes juridiques, de type étatique ou non étatique, et qu'elle néglige la dynamique sociale qui anime la constitutionnalisation sociétale. Même les constitutions étatiques ne sauraient être saisies de façon satisfaisante lorsque, comme le font de nombreux juristes dans la tradition de Hans Kelsen, on les conçoit comme de simples ensembles de normes juridiques en masquant ainsi la dynamique constitutionnelle du processus politique<sup>45</sup>. Cela vaut d'une manière analogue pour les constitutions sociétales : il ne faut pas négliger qu'elles se fondent d'abord sur l'auto-fondation d'un système social et seulement ensuite sur des normes juridiques. Une vue institutionnelle, qui n'identifie le constitutionnalisme sociétal qu'avec les normes juridiques régulant les différents domaines sociaux, réduit les constitutions à de simples hiérarchies de normes. Ce qui importe est la liaison singulière grâce à laquelle les hiérarchies de normes entrent dans le droit en même temps que des processus de réflexion dans les systèmes sociaux<sup>46</sup>. En effet, leurs principes constitutionnels matériels qui sont d'un intérêt particulier ne peuvent pas être entendus simplement comme des normes de rang supérieur dans une institution ; ils sont d'abord des produits issus de conflits entre constitutions sociétales qui sont ensuite juridicisés.

---

<sup>43</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1918 ; M. HAURIUO, *La théorie de l'institution et de la fondation : Essai de vitalisme social*, in M. HAURIUO, *Aux sources du droit*, Paris, Bloud & Gay, 1986 (1933), p. 89.

<sup>44</sup> N. WALKER, *Intimations of Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>45</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 224.

<sup>46</sup> G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels : le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Garnier, 2016, p. 177 sq. ; P. GUIBENTIF, « Pour une société-monde durable par l'auto-constitutionnalisation des grands domaines sociaux », *Droit et Société*, n° 93, 2016, p. 455 ; H. RABAULT, « *Ius cosmopoliticum* : la constitution du droit global », *Nunctranseamusadobligationes*, <https://nunctranseamusadobligationes.wordpress.com/2016/01/10/ius-cosmopoliticum-la-constitution-du-droit-global/>

Par conséquent, le motif à conserver de l'institutionnalisme est sa manière d'aiguiser le regard pour identifier avec précision l'endroit de la liaison entre le droit et le système social correspondant. En effet, en tant qu'ensembles de normes, les institutions permettent l'existence d'un contact étroit entre des normes sociales fondamentales et des normes juridiques constitutionnelles et elles permettent de comprendre le processus de constitutionnalisation comme une « traduction » s'effectuant dans les deux sens, plus exactement comme une dynamique co-évolutive du système social constitutionnalisé et du droit constitutionnel<sup>47</sup>.

Le principe de composition de toutes ces variations consiste à identifier le sociétal du constitutionnalisme sociétal non pas avec l'ensemble de la société, mais avec des secteurs sociaux différents qui donnent forme chaque fois à une constitution sectorielle autonome. Mais si les variations reconduisent seulement les constitutionnalisations sociétales à l'expansion d'une rationalité sociale unique dans tous les domaines sociaux, elles essaient bien de trouver dans l'inquiétante diversité des constitutions sociétales un principe d'ordre homogène, que ce soit à travers l'expansion du politique, de l'économique ou du juridique. Ces variations n'épuisent largement pas quand même le potentiel du thème de Sciulli. Le constitutionnalisme sociétal de ce dernier vise précisément à préserver et à favoriser, face à la « rationalité instrumentale » unidimensionnelle, la pluralité d'orientations « non rationnelles ». En fin de compte, les quatre variations discutées jusqu'ici remplacent seulement chaque fois l'ancien monisme d'une constitution étatique par le nouveau monisme d'une rationalité qui doit être à la base de toutes les constitutions sociétales. Ces variations thématiques ne peuvent pas rendre compte de la fonction des constitutions sociétales, qui consiste précisément à institutionnaliser conjointement des rationalités totalement hétérogènes et incompatibles entre elles et, en même temps, à limiter leurs tendances totalisantes avec lesquelles elles se nuisent les unes les autres<sup>48</sup>.

## DEUXIÈME SÉRIE DE VARIATIONS : LA CONSTITUTION GLOBALE

### *Variation V : la constitution sociétale holiste*

Les variations suivantes du thème de Sciulli ont donc besoin d'un autre principe de composition pour la constitutionnalisation sociétale – l'unité prétendue indissoluble de la constitution. À l'origine, ce principe fut développé pour la constitution de l'État national. Les constitutions nationales prétendent soumettre catégoriquement et complètement toutes les activités de l'État à leur exigence de régulation<sup>49</sup>. Neil Walker voit dans le caractère « holiste », c'est-à-dire dans leur exigence de régulation complète, un trait caractéristique des constitutions<sup>50</sup>. Cela est dû à la fonction d'intégration de

---

<sup>47</sup> À ce sujet, voir G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, op. cit., p. 187 sq.

<sup>48</sup> J. BROQUET, « Une approche épistémologique de la notion de couplage structurel », art. cité, p. 172 sq. parle de la « logique polycontextuelle » des constitutions sociétales.

<sup>49</sup> D. GRIMM, « The Constitution in the Process of Denationalization », *Constellations*, n° 12, 2005, p. 447.

<sup>50</sup> N. WALKER, « Beyond the Holistic Constitution? », in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 291.

la constitution étatique qui donne une orientation commune, malgré leurs conflits, aux groupements politiques et aux institutions de diverses sortes<sup>51</sup>.

Ces idées sont donc transposées aux constitutions sociétales en ayant pour conséquence que l'on postule, à l'inverse d'un pluralisme constitutionnel transnational, une constitution homogène qui n'est désormais plus simplement celle de l'État mais de l'ensemble de la société – ou même encore une constitution homogène de la société mondiale. Déjà à l'époque de l'État national, l'historien Koselleck faisait état d'une réalité historique en constatant qu'il n'existait pas seulement une constitution de l'État mais également une constitution plus complète de la société qui, à côté des activités politico-étatiques, soumettait aussi les institutions économiques, sociales et culturelles à des exigences constitutionnelles<sup>52</sup>. Des questions d'ordre social, religieux, économique ou financier ne devaient pas être traitées simplement comme des problèmes relevant de la législation ordinaire mais comme les problèmes d'une « constitution sociale » authentique. Dans la transnationalisation actuelle cela devrait valoir de la même manière ; l'une des conséquences importantes étant que la constitution d'entreprises transnationales soit à considérer comme une partie d'une constitution sociétale globale.

En droit international comme en philosophie politique, divers auteurs défendent l'idée selon laquelle la constitutionnalisation du droit international que l'on observe à l'heure actuelle est en mesure de produire un ordre constitutionnel cosmopolitique, soit une constitution homogène pour l'ensemble de la société mondiale<sup>53</sup>. Il est vrai qu'ils refusent un État mondial en tant que substrat d'une constitution homogène en le considérant irréaliste ; mais à sa place, ils érigent la « communauté internationale » en référence d'un droit constitutionnel mondial émergent et ils ne l'appréhendent plus simplement comme une communauté d'États souverains, ce qui était le cas du droit international traditionnel, mais à la fois comme un ensemble d'acteurs politiques et sociétaux et comme une communauté juridique d'individus<sup>54</sup>.

Que ces représentations d'une constitution globale compréhensive soient désespérément idéalistes et soient plus portées par des rêves que par

---

<sup>51</sup> R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Duncker & Humblot, 1928, chap. 7.

<sup>52</sup> R. KOSELLECK, « Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung », art. cité, p. 369 *sq.*

<sup>53</sup> B. FASSBENDER, « “We the People of the United Nations”: Constituent Power and Constitutional Form in International Law », in N. WALKER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, *op. cit.*, p. 281 *sq.* ; O. HÖFFE, *Vision Weltrepublik: Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung*, in D. RULOFF, C. BERTRAM et B. FREY (dir.), *Welche Weltordnung?*, Zürich, Rütger, 2005, p. 33.

<sup>54</sup> I. de la Rasilla del Moral offre une analyse approfondie des différentes variantes d'une constitution mondiale cosmopolitique dans « At King Agramant's Camp: Old Debates, New Constitutional Times », *International Journal of Constitutional Law*, n° 8, 2011, p. 580.



des analyses réalistes n'a pas besoin d'être justifié davantage<sup>55</sup>. Mais ces exagérations cosmopolitiques cherchent à réaliser aussi un motif qui mérite quand même d'être conservé – celui de l'intégration grâce à la constitution. Certes le constitutionnalisme sociétal n'a pas besoin de chercher en vain l'unité institutionnelle d'une constitution sociétale mondiale, mais il doit se poser la question de l'intégration ou de la coordination d'une pluralité d'ordres constitutionnels différents. S'il est exact que dans l'État national la fonction intégratrice des constitutions joue un rôle décisif, à côté de leur fonction constitutive et de leur fonction limitative, alors la question se pose de savoir s'il y a, dans l'extrême fragmentation des constitutions transnationales, des institutions qui assument cette intégration.

#### *Variation VI : la constitution comme imagination collective*

Sauver l'unité indissoluble d'une constitution de l'ensemble de la société est finalement aussi l'objectif de théories qui mettent la fonction symbolique des constitutions au premier plan en lieu et place de leur réalité institutionnelle. Face à la pluralité incontestable des régimes juridiques publics et privés et face à l'impossibilité de créer pour ceux-ci des institutions constitutionnelles mondiales homogènes, on tient contrefactuellement à l'idée d'une unité de la constitution même si elle doit se réduire à exister simplement comme le mythe fondateur d'un collectif, que ce soit la nation ou la communauté internationale. « La constitution est indissociablement en relation dans sa dimension symbolique avec des institutions comme la langue, les médias, la culture, le savoir commun, la mémoire culturelle, et à travers cette dimension, elle seule peut leur donner une unité » et elle « dépend d'un espace symboliquement plein, d'un texte culturel », qui lui permet de fixer normativement une identité collective recouvrant des fragmentations variées<sup>56</sup>. Cette constitution unitaire, purement fictionnelle et pourtant efficace, est donc considérée comme absolument compatible avec une quantité de « constitutions dérivées » qui sont institutionnalisées dans les secteurs sociaux mais se rapportent toujours au mythe fondateur de la constitution unitaire.

Qu'un tel texte culturel sans institutionnalisation dure puisse encore valoir comme constitution en un sens étroit paraît tout à fait problématique. Car sans institutions réelles qui ne font pas que symboliser l'unité mais qui la produisent aussi pratiquement dans des processus de discussion et de décisions permanentes, l'unité constitutionnelle demeure une simple fiction. Ce n'est que dans les « constitutions dérivées », telles que Vesting les nomme, c'est-à-dire dans les constitutions fragmentées des secteurs, que l'interaction entre le « *nomos* » et le « récit » peut être réalisé.

---

<sup>55</sup> Une critique détaillée est présente dans K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme*, op. cit., p. 713 sq. et A. FISCHER-LESCANO, *Globalverfassung: Die Geltungsbe-gründung der Menschenrechte*, Weilerswist, Velbrück, 2005, p. 247 sq.

<sup>56</sup> T. VESTING, « Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne », in S. KORIOTH et T. VESTING (dir.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 95.

Deux éléments sont à retenir de cette théorie fictionnelle de la constitution. En premier lieu, l'idée selon laquelle, avec leurs constitutions, les ordres sociaux ne font pas que produire du droit positif et régler des conflits, mais se reconnaissent en même temps grâce à leurs constitutions comme un collectif uni par un mythe fondateur. Les constitutions sont en effet des processus vivants d'auto-identification d'un système social qui s'expriment dans la forme juridique. En plus des fonctions constitutive, limitative et intégratrice de la constitution, la théorie fictionnelle souligne à juste titre l'importance de sa fonction symbolique, que des théories « réalistes » de la constitution tendent à négliger. En second lieu, cette théorie élabore une architecture à deux niveaux du phénomène constitutionnel – présentant une constitution symbolique compréhensive et des constitutions dérivées institutionnalisées –, qui devrait être exploitée dans des réflexions ultérieures. La question simplement est : comment ?

#### **PARTIE FINALE : UNITAS MULTIPLEX**

Pour cette dernière partie, il reste à tester trois autres variations du thème de Sciulli. Elles doivent accueillir, réunir et poursuivre les motifs qui ont été mis en évidence dans les variations précédentes et qui valent la peine d'être conservés.

Tels sont les motifs évoqués dans les variations qui sont apparus comme devant être conservés :

- la formalisation du médium de communication qu'est le pouvoir en tant que noyau de la constitution politique – ce motif doit être généralisé ;
- la fonction intégratrice des constitutions, qui sous-tend la recherche de l'unité de la constitution dans l'espace national aussi bien que dans l'espace transnational ;
- la conception des constitutions comme mythe fondateur où se réfléchit la fonction symbolique des constitutions, laquelle dépasse leurs fonctions constitutive, limitative et intégratrice ;
- l'interaction entre des éléments constitutionnels de niveaux différents qui mettent en relation multiplicité et unité de la constitution ;
- la conception de l'autoconstitutionnalisation d'un sous-système qui se comporte de façon critique contre l'octroi de constitutions sociales par la politique ou le droit ;
- le rôle fondamental de l'institutionnalisation, parce que seules des institutions en tant qu'ensembles de normes parviennent à établir, pour les constitutions, un contact permanent caractéristique entre des normes juridiques et des normes extra-juridiques ;
- les constitutions étatiques comme le grand modèle historique des constitutions sociétales, en particulier pour leur paradoxe fonctionnel, du fait qu'elles limitent efficacement, à l'aide du pouvoir politique lui-même, des totalisations du pouvoir politique issues de façon immanente aux processus de pouvoir.

### *Variation VII : constitutions sectorielles et méta-constitution*

Les variations du deuxième groupe ont souligné à juste titre que c'est précisément l'existence d'une pluralité de constitutions sectorielles qui suscite l'interrogation sur l'unité de la constitution – aussi bien de façon empirique que normative<sup>57</sup>. Le pluralisme s'émousse-t-il dans cette situation où des constitutions coexistent sans relation entre elles ou bien se forme-t-il ici, d'une manière ou d'une autre, une unité constitutionnelle – et cela précisément aussi pour la société mondiale ? Aussi légitime que soit cette question, les réponses apportées, qui s'obstinent à adopter des positions extrêmes, demeurent insatisfaisantes. L'une des positions s'oppose aux réalités sociétales mondiales lorsqu'elle déclare que les Nations Unies sont le noyau d'une constitution institutionnalisée de la société mondiale. À l'autre extrémité du spectre, la position la plus opposée rêve de mondes fictifs en réduisant la constitution mondiale à une imagination collective, à un mythe fondateur, à un récit sans *nomos*. La position d'un « transconstitutionnalisme » devrait au contraire être réaliste et en même temps exigeante sur le plan normatif – par différence nette d'ailleurs avec le concept du même nom de Neves<sup>58</sup> – ; elle se compose de quatre éléments :

1) Une constitution mondiale homogène prend en réalité forme comme « méta-constitution » au-delà des constitutions transnationales.

2) Celle-ci n'établit aucun principe constitutionnel substantiel mais se contente d'établir, en sa qualité de *constitution de collisions*, des principes et des règles pour les conflits entre les constitutions sociétales sectorielles.

3) Plus important encore, la méta-constitution ne se constitue pas de façon hiérarchique comme une institution autonome, qui, telle une instance tierce au-dessus des constitutions sectorielles, résoudrait leurs conflits, mais de façon hétérarchique dans les décisions des constitutions sectorielles elles-mêmes. La méta-constitution « coordonnerait paradoxalement de manière accrue l'intérieur des sphères globales<sup>59</sup> ».

4) Ces décisions se réalisent soit dans des activités de coopération et de négociation des constitutions sectorielles soit dans des normes de collision, lesquelles développent elles-mêmes les constitutions sectorielles particulières.

L'expression « transconstitutionnalisme », dans sa double signification, définit exactement cette situation : le particularisme des constitutions sectorielles est transcendé et en même temps ces dernières sont traversées sans qu'un nouveau niveau institutionnel ne soit établi.

Ces tendances peuvent s'observer empiriquement sous la forme d'une constitution de collisions dans la célèbre « *war of judges* », qui présente les conflits entre les constitutions des États-nations et la constitution de l'Union européenne comme un « *judicial dialogue* » entre la Cour de justice euro-

---

<sup>57</sup> I. AUBERT, « Préface de la traductrice », in G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, *op. cit.*, p. 11, p. 23.

<sup>58</sup> M. NEVES, *Transconstitutionalism*, *op. cit.*

<sup>59</sup> E. COMTOIS-DINEL, « La fragmentation du droit international », art. cité, p. 18.

péenne et les cours constitutionnelles des États nationaux<sup>60</sup>. Les décisions sur les collisions sont toujours prises par l'un des tribunaux concernés. Mais ils réagissent les uns aux autres et accueillent les arguments des autres tribunaux de la même manière qu'en *common law*. Des tendances analogues se trouvent dans les collisions de normes des régimes transnationaux, ce qui est particulièrement évident dans le cas de l'OMC, laquelle dans la jurisprudence relative au « *free trade and...* » développe un droit autonome de collision qui reçoit à partir de sa propre perspective des exigences normatives d'autres régimes<sup>61</sup>.

D'un point de vue historique, une telle méta-constitution transnationale peut faire écho à la riche tradition du droit international privé. Dans des situations analogues où des ordres juridiques nationaux se trouvent en collision sans instance tierce, les ordres juridiques concernés ont développé chacun pour soi une foule de normes de collision. Quant à savoir s'il convient d'utiliser le potentiel du droit international privé pour les conflits entre les constitutions transnationales et le modifier pour la nouvelle situation historique, cela fait aujourd'hui l'objet d'une discussion intense<sup>62</sup>. Horatia Muir Watt réfute toutes les tentatives de légitimer les ordres juridiques transnationaux en ayant recours à une constitution compréhensive et fait

[...] des interactions elles-mêmes le point de départ à partir duquel se posent des questions de légitimité. Cela implique de renoncer à décider de la question de la légitimité – en d'autres termes renoncer à trier entre des revendications concurrentes *ex ante* – et de la traiter *ex post* et dans des termes relatifs. Cette idée semble parfaitement en accord avec la réflexivité instable du droit global. Elle suggère que la question de la légitimité se présente en des termes différents selon le type de revendication – collaboratif, conflictuel, concurrent – qui est émise par rapport aux autres systèmes juridiques<sup>63</sup>.

Horatia Muir Watt montre clairement qu'une constitution transnationale de collisions doit généraliser les méthodes « hétérarchiques » du droit inter-

---

<sup>60</sup> G. MARTINICO, « The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law », *German Law Journal*, n° 16, 2015, p. 1343 ; M. ARDEN, « Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe », *Yearbook of European Law*, n° 29, 2010, p. 3.

<sup>61</sup> D. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>62</sup> H. MUIR WATT, « Empire Through Contract: A Private International Law Perspective », in C. CUTLER et T. DIETZ (dir.), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, New York, Routledge, 2017, p. 277 ; J. BOMHOFF, « The Constitution of the Conflict of Law », in H. M. WATT et R. MICHAELS (dir.), *Private International Law as Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 262 ; A. FISCHER-LESCANO et G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit global », *Revue Internationale du Droit Économique*, 2013, p. 187, p. 204 *sq.* ; R. MICHAELS et J. PAUWELYN, « Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law », in T. BROUDE et Y. SHANY (dir.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 19 ; C. JOERGES, « A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation », in C. JOERGES et J. FALKE (dir.), *Karl Polanyi: Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Hart, 2011, p. 465.

<sup>63</sup> H. MUIR WATT, « Conflicts of Laws Unbounded », art. cité, p. 17 *sq.*

national privé – renvoi, questions préliminaire et qualification *lege causae* – et les respécifier pour les régimes transnationaux. Il s’agit également de formuler à nouveaux frais les deux principes fondamentaux opposés du droit privé pour la relation existant entre les constitutions transnationales – reconnaissance mutuelle et ordre public.

Le principe de la reconnaissance mutuelle ne signifie pas seulement que les constitutions transnationales se tolèrent réciproquement les unes les autres, tel que c’est décrété par le principe de la « *constitutional rance*<sup>64</sup> ». La demande supplémentaire consiste en ce que les constitutions réalisent le principe de la « *constitutional responsiveness* » et développent des normes matérielles qui combinent sous la forme d’un compromis des demandes de constitutions qui sont en conflit les unes avec les autres<sup>65</sup>.

L’ordre public national délimite en revanche, c’est bien connu, les frontières de la reconnaissance d’un ordre juridique étranger : elles sont atteintes lorsque l’application d’une norme d’un ordre juridique étranger enfreint les normes fondamentales du droit propre. Appliqué à notre contexte, cela signifie que, dans de telles circonstances, une constitution transnationale devrait aussi refuser de reconnaître les normes d’une constitution étrangère qui contreviennent à son ordre interne.

#### ***Variation VIII : nomos et récit***

Par distinction d’avec cette signification traditionnelle de l’ordre public national, le concept juridique d’ordre public transnational s’est entretemps établi comme principe d’un droit de collision, qui doit aussi être appliqué dans le cadre du pluralisme constitutionnel transnational<sup>66</sup>. Le principe n’a pas pour but, comme l’ordre public national, de protéger les fondements d’ordres juridiques domestiques d’intrusions étrangères. L’ordre public transnational régleme le rapport qu’entretiennent les constitutions sectorielles avec l’ensemble de la société. La caractéristique de ce principe est que chacune des constitutions concernées acquiert, à partir de sa perspective, un ordre public transnational. C’est donc la tâche de chacun des régimes transnationaux de combiner entre elles deux exigences contraires. Il ne s’agit pas seulement, comme c’était le cas dans la variation précédente, de chercher à les rendre compatibles de façon singulière avec les normes concurrentes des autres constitutions. Chacune des constitutions sectorielles concernées doit en outre acquérir à partir de sa propre perspective les principes d’un ordre public transnational valable pour l’ensemble de la société – les principes d’une méta-constitution unitaire – à l’aune duquel il mesure ses propres normes.

---

<sup>64</sup> M. KUMM, « Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe Has a Constitution Properly So Called », *American Journal of Comparative Law*, n° 54, 2006, p. 505, p. 528 *sq.*

<sup>65</sup> L. VIELLECHNER, « Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts », *Der Staat*, n° 51, 2012, p. 559. Sur une « explication idéaliste » du dialogue transconstitutionnel voir G. TUSSEAU, « Un chaos conceptuel qui fait sens », art. cité, p. 206 *sq.* et sur une « explication moins idéaliste », p. 208 *sq.*

<sup>66</sup> Là-dessus, M. RENNER, « Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law? », art. cité ; *Zwingendes transnationales Recht*, *op. cit.*, p. 88 *sq.*

Deux motifs, présents dans les cinquième et sixième variations de Sciulli, sont repris ici et liés entre eux : l'unité de la constitution et, en même temps, le caractère fictionnel de cette unité. Toutes les constitutions sectorielles supposent l'unité d'une méta-constitution dans des points de référence communs et dans un horizon de sens nécessairement abstrait auquel elles se rapportent par leur production de normes. Cette supposition rend évident le caractère fictionnel de cette unité. Car il faut toujours rappeler qu'il n'« existe » pas un tel horizon commun de sens mais qu'il est une simple fiction que chaque constitution sectorielle produit à partir de sa vision du monde. Supposer contrefactuellement un noyau de validité commun à la méta-constitution permet donc d'établir, dans des contextes constitutionnels différents, une référence – chaque fois différente – avec des formes de bien commun qui se répercutent dans des normes concrètes<sup>67</sup>.

Thomas Vesting est proche de ces idées lorsqu'il décrit le rapport entre les constitutions sectorielles et la constitution compréhensive de telle sorte que les constitutions sectorielles fragmentées produisent institutionnellement une force obligatoire normative, mais qu'elles s'attachent en même temps dans leur image d'elle-même à des « rétrofictions » qui créent la « croyance dans leur unité », à savoir l'unité imaginaire d'une constitution compréhensive. En s'aidant des catégories forgées par Robert Cover, Vesting formule les choses ainsi pour la constitution compréhensive : « La constitution dispose d'un *nomos* unique mais celui-ci produit sans cesse des récits différents<sup>68</sup> ». Il saisit ainsi à juste titre le rapport difficile entre les constitutions sectorielles institutionnalisées et la méta-constitution fictive, et cela précisément non pas comme une structure à deux niveaux mais comme leur interpénétration à un niveau unique – le niveau des constitutions sectorielles.

Il convient toutefois d'apporter deux corrections à cela. D'une part, la fiction de l'unité ne doit pas être entendue comme si la méta-constitution contenait elle-même des principes substantiels. La méta-constitution globale ne concerne que les procédures et les principes de la collision, de la coopération et de la confrontation. D'autre part, la fiction de l'unité n'est pas seulement créée par des récits mais aussi par le *nomos* lui-même, dans les pratiques de décision institutionnelles des constitutions sectorielles, quand elles tranchent sur les collisions. On doit enfin saisir autrement la formule de Cover, et cela non pas au sens où elle oppose un *nomos* aux nombreux récits, mais au sens où se développe chaque fois, dans les constitutions sectorielles aussi bien que dans la méta-constitution de collisions, un rapport autonome entre *nomos* et récit. Tandis que le *nomos* des constitutions sectorielles expulse les récits variés des normativités sectorielles substantielles, le récit d'une intégration par la procédure se forme dans le *nomos* de la constitution de collisions. Cela vaut aussi bien pour la méta-constitution que pour les

---

<sup>67</sup> À ce sujet, voir G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels*, op. cit., p. 257 sq., p. 262 sq.

<sup>68</sup> T. VESTING, *Die Medien des Rechts*, op. cit., p. 100.

constitutions sectorielles réelles : « *For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture*<sup>69</sup>. »

### *Variation IX : communication autosubversive*

La double formule « *nomos* et récit » met à juste titre l'accent sur le fait que chaque système social développe ses propres autodescriptions qui contextualisent sa constitution. Ce sont des processus de réflexion d'ordre cognitif et en même temps normatif sur l'identité propre. Ici aussi le modèle historique est la constitution étatique. De même que les théories politiques ont un impact sur la réalité empirique du pouvoir et sur les projets normatifs de la politique dans les constitutions étatiques, de même des récits autonomes sont formulés dans d'autres domaines sociaux, à savoir des descriptions de la réalité et des conceptions normatives en tant que fondements de leur constitution propre<sup>70</sup>.

On arrive néanmoins au noyau interne de la constitution que dans une dernière variation du thème de Sciulli, lorsque, comme Thornhill<sup>71</sup>, on reconnaît la formalisation du médium de communication comme étant le critère décisif de la constitutionnalisation<sup>72</sup>. Formalisation d'un médium – cela veut dire que ce ne sont pas seulement des processus de réflexion cognitifs et normatifs qui produisent une constitution mais également des processus de réflexion médiaux. En effet, la formalisation n'est pas atteinte simplement par la production de formes juridiques, mais ce qui est plus important encore est qu'un rapport autoréférentiel est produit, qu'un médium de communication s'applique à lui-même. « En ce sens, la forme est *autoréférence déployée*<sup>73</sup> ». La réflexivité d'un médium signifie que des opérations orientées par un médium sont appliquées au médium lui-même. Dans le domaine de la politique, cela veut dire l'application du pouvoir au pouvoir (séparation des pouvoirs, droits fondamentaux), dans le domaine du droit l'application des normes juridiques à des normes juridiques (procédures législatives, règles d'organisation judiciaire), en économie l'application d'opérations monétaires à des opérations monétaires (mesures de la Banque centrale), en science l'application d'opérations épistémiques à des opérations épistémiques (méthodologie, épistémologie, théorie de la connais-

---

<sup>69</sup> R.M. COVER, « The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, n° 97, 1983, p. 4.

<sup>70</sup> M. KOSKENNIEMI, « The Politics of International Law. 20 Years Later », *European Journal of International Law*, n° 29, 2009, p. 7, p. 12 sq. ; J.L. DUNOFF, « A New Approach to Regime Interaction », in M. YOUNG (dir.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 136, p. 150 sq.

<sup>71</sup> C. THORNHILL, « Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution », art. cité, p. 14.

<sup>72</sup> Le terme « médium » est employé ici dans le sens technique que l'on trouve dans la théorie des systèmes. Les médias de communication – argent, pouvoir, droit, vérité – font que les motifs des communications sont acceptés, à l'intérieur d'un système social. Ils ont « la fonction de rendre prévisible l'acceptation d'une communication dans les cas où le refus est probable » (N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 143).

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 61.

sance<sup>74</sup>). Seul ce type de formalisation – avec les normes juridiques correspondantes – produit des constitutions (constitution étatique, constitution économique, constitution de la science et autres constitutions sociétales).

La formalisation a des effets constitutifs sur les institutions constitutionnelles, et en même temps, de façon paradoxale, des effets autolimitatifs – et même autosubversifs. Et ces effets paradoxaux de la réflexivité médiale importent aujourd’hui, en particulier dans la crise écologique actuelle<sup>75</sup>. Car si les effets expansionnistes du pouvoir, de l’argent, des technologies et du droit doivent être limités, une particularité de la réflexivité médiale joue alors un rôle central comme contre-institutions face aux tendances expansionnistes des systèmes<sup>76</sup> – sa capacité à l’autosubversion<sup>77</sup>. Pour les constitutions, c’est une formulation inhabituelle, surtout si l’on songe que les constitutions donnent des garanties de stabilité à des institutions durables dans chaque domaine social. Mais le paradoxe des constitutions consiste en ceci qu’elles contribuent activement à se transcender elles-mêmes. La théorie constitutionnelle orthodoxe minimise bien sûr ces tendances autosubversives. Les « *constitutional moments* » (Bruce Ackerman<sup>78</sup>) sont des moments forts de l’histoire constitutionnelle lors desquels la réflexivité médiale déclenche une dynamique interne autosubversive. Lors des moments constitutionnels, un système social proteste contre sa propre clôture. Et ainsi il ne s’agit pas seulement de grands événements comme la Révolution française ou la révolution copernicienne mais aussi de bouleversements beaucoup moins spectaculaires qui transforment les constitutions étatiques et sociétales<sup>79</sup>.

L’effet paradoxal de la réflexivité médiale est l’un des messages les plus importants de la sociologie constitutionnelle. Cette dernière critique la ten-

---

<sup>74</sup> N. LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2000, p. 64.

<sup>75</sup> N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986.

<sup>76</sup> C. ROMAINVILLE, « Le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel comparé », art. cité, p. 590.

<sup>77</sup> P. FEMIA, « Infrasystemische Subversion », in M. AMSTUTZ et A. FISCHER-LESCANO (dir.), *Kritische Systemtheorie*, transcript, Bielefeld, 2013, p. 305, p. 310 sq. ; G. TEUBNER, « *Quod omnes tangit*: Transnational Constitutions Without Democracy? », *Journal of Law and Society*, n° 45, 2018, à paraître ; *id.*, « Selbstsubversive Gerechtigkeit : Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts? », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n° 29, 2008, p. 9 ; *id.*, « Le paradoxe de la justice : Niklas Luhmann et la formule de contingence du droit », in I. AUBERT et E. DEBRAY (dir.), *Situer Niklas Luhmann : Dialogues avec les sciences sociales et la philosophie*, Paris 2018, (à paraître).

<sup>78</sup> B. ACKERMAN, *We the People*, vol. 2, *Transformations*, New Haven, Harvard University Press, 2000.

<sup>79</sup> Sur les nombreux aspects de ces bouleversements dans la constitution économique après la dernière crise financière, voir les contributions dans P.F. KJAER, G. TEUBNER et A. FEBBRAJO (dir.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, 2011 ; P. GUIBENTIF, « Societal Conditions of Self-Constitution », art. cité, p. 292 insiste sur la nécessité de ne pas thématiser seulement la présence d’une autosubversion constitutionnelle dans les constitutions des grands systèmes fonctionnels, mais aussi, étant donné leurs développements pathologiques, dans les constitutions d’organisation des entreprises et dans d’autres grandes organisations sociales.



dance toujours plus forte – en particulier dans les relations internationales – qui consiste à laisser la constitutionnalisation politique et sociétale uniquement au droit et à marginaliser, par contraste, la part des processus sociaux. Des recherches empiriques sur la constitutionnalisation transnationale actuelle arrivent à la conclusion que leurs acteurs principaux sont moins des acteurs sociaux collectifs que des instances juridiques : cours constitutionnelles, tribunaux nationaux, tribunaux internationaux, tribunaux d'arbitrage transnationaux<sup>80</sup>. En revanche, les pouvoirs constituants classiques, à savoir les révolutions sociales, les bouleversements politiques, les assemblées constituantes, seraient relégués à l'arrière-plan, et même ne joueraient (presque) plus aucun rôle. La thèse précise est la suivante : *from demos to rights*. Le pouvoir constituant se serait transformé de processus politiques externes en processus juridiques internes.

Mais c'est là une tendance problématique. Les fonctions constitutives et limitatives des constitutions ne sont pas fournies en priorité par des normes juridiques mais par la réflexivité des médias sociaux de communication. Le droit n'est efficace ici que de façon subsidiaire, en soutenant cette réflexivité et dans le meilleur des cas en l'imposant<sup>81</sup>. Sa contribution consiste à institutionnaliser la réflexivité médiale vraiment décisive à l'intérieur de domaines sociaux différents dans la mesure où il stipule des procédures d'autolimitation et reconstruit des normes sociales comme des normes de droit constitutionnel. Sur la voie de la société mondiale, le droit entreprend – comme Niklas Luhmann l'a formulé de façon lucide – la fonction politico-constitutionnelle de soutenir la réflexivité médiale des sous-systèmes, si l'idée s'ensuit

[...] qu'au niveau de la société mondiale en train de se consolider, ce ne sont plus des normes (sous la forme de valeurs, de prescriptions, de fins) qui guident la présélection à reconnaître, mais qu'à l'inverse le primat structurel revient à une adaptation fondée sur l'apprentissage de telle sorte que les normes doivent soutenir dorénavant les conditions structurelles de la capacité d'apprentissage de tous les sous-systèmes<sup>82</sup>.

De la même manière, la politique et les mouvements sociaux, qui, à l'aide de la constitutionnalisation, cherchent à limiter les tendances expansionnistes de l'économie, de la technologie, de la médecine ou des nouveaux médias de l'information, doivent s'adapter à cette situation. Ils sont incapables de mettre en place la limitation recherchée en usant d'interventions externes – ils dépendent pour cela de la contrainte salutaire à l'autosubversion.

### **Gunther Teubner**

---

<sup>80</sup> C. THORNHILL, « A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 551, p. 554 sq.

<sup>81</sup> C. MENKE, *Kritik der Rechte*, op. cit., p. 329 ; G. TEUBNER, « Autocontrainte exogène : comment les systèmes sociaux externalisent le paradoxe de leur fondation », *Droit et Société*, n° 95, 2017, p. 105.

<sup>82</sup> N. LUHMANN, « Die Weltgesellschaft », in N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, vol. 2, *Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, p. 51, p. 63.

*Gunther Teubner est professeur émérite de l'Université Goethe de Francfort-sur-le-Main en droit privé et en sociologie du droit, et chercheur principal dans le pôle d'excellence « Normative Ordnungen » de Francfort.*

## Olivier de Frouville

### UNE THÉORIE NON CONSTITUTIONNALISTE DE LA CONSTITUTION INTERNATIONALE

Dans un colloque consacré au constitutionnalisme global et dans un panel comprenant deux éminents représentants des théories du constitutionnalisme global, mon intervention peut paraître un peu en décalage – et c’est sans doute parce qu’elle pressentait à juste titre ce risque de décalage que l’organisatrice de ce colloque a proposé pour moi ce titre : « Une théorie non constitutionnaliste de la Constitution internationale ».

J’ai trouvé que c’était un excellent titre et je l’ai adopté. En effet, je ne vais pas traiter, dans cette intervention, du « constitutionnalisme global » mais de la « Constitution internationale ».

Quelle distinction entre ces deux termes ? Je vais y revenir plus en détail, mais *grosso modo*, j’entends par « constitutionnalisme » un *projet, une doctrine, un discours*, tandis que la « constitution » dont je parle est une *réalité* du droit positif.

La théorie que je défends part en effet du constat qu’il y a toujours eu une Constitution en droit international, et cela depuis qu’il existe une société internationale comme milieu intersocial. C’est donc bien une théorie « non constitutionnaliste », parce qu’elle ne prône pas la réalisation d’une idée mais se donne comme une *grille de lecture de la réalité du droit international*. En tant que telle, elle dissocie très clairement la notion de « constitution » de la signification qu’elle a acquise au cours des siècles en tant que concept doublement lié à l’existence de l’État et à une communauté humaine de base (un « peuple »).

La base de la théorie de la Constitution internationale que je soutiens se trouve dans les travaux de Georges Scelle et en particulier dans le deuxième tome de son *Précis de droit des gens*, intitulé, faut-il le rappeler, « Droit constitutionnel international<sup>1</sup> ».

J’aimerais, dans l’espace limité de cette intervention, faire valoir trois différences entre le courant constitutionnaliste et la pensée de Georges Scelle qui expliquent qu’on puisse qualifier sa théorie de « non constitutionnaliste ».

---

<sup>1</sup> G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, vol. II, *Droit constitutionnel international*, Paris, Recueil Sirey, 1934.

## 1. LA CONSTITUTION COMME TECHNIQUE JURIDIQUE ET NON COMME ÉMANATION D'UNE COMMUNAUTÉ

Première différence, Georges Scelle pense la constitution comme technique juridique et non comme émanation d'une communauté.

Il y a un point de départ commun entre Scelle et les constitutionnalistes. C'est d'une part la distinction entre solidarité par « similitudes », ou organique, et solidarité par « division du travail », que Scelle reprend à Émile Durkheim<sup>2</sup> et qui recoupe d'ailleurs en partie la distinction entre Communauté et Société (*Gemeinschaft und Gesellschaft*) de Ferdinand Tönnies<sup>3</sup>. Et c'est, d'autre part, l'interprétation du sens donné à l'évolution du milieu social international, allant de la Société à la Communauté et non de la Communauté à la Société, comme c'est le cas pour les sociétés nationales.

Chez Tönnies, la communauté précède la société, en ce sens où tout groupe, au départ uni par des croyances et des souvenirs communs, tend à se diversifier, à s'individualiser et à bâtir ses relations sur des intérêts, plutôt que sur l'intériorisation de valeurs communes. Cela ne veut pas dire que les valeurs communes disparaissent, mais au-delà d'un noyau dur de valeurs, la société s'organise essentiellement sur la base du principe de la division du travail social.

Dans la *société internationale*, l'évolution se fait en sens inverse : le milieu intersocial des États est avant tout une Société composée d'une juxtaposition d'acteurs aux intérêts divergents, mais qui sont forcés de coexister et peuvent même être amenés à coopérer pour poursuivre certains buts d'intérêts communs. Et ça n'est qu'au terme d'un processus évolutif que se créent, à partir du début du XX<sup>e</sup> siècle et surtout après la Seconde Guerre mondiale, des institutions fondées sur des valeurs communes, valeurs qui s'expriment notamment dans les Préambules des organisations, comme la Charte de l'Organisation Internationale du Travail ou la Charte de l'ONU.

Sur ce point, sur ce sens de l'évolution de la Société à la Communauté, les « constitutionnalistes » et Scelle sont d'accord.

Mais la différence entre les deux est que, *pour les constitutionnalistes*, une Constitution est conditionnée par l'existence d'une Communauté – donc d'une certaine intégration et d'une certaine homogénéité sur le plan des valeurs ; tandis que *pour Georges Scelle*, la Constitution est avant tout une technique juridique qui est inhérente à l'ordre juridique. À partir du moment où il y a société (donc milieu intersocial, fondé sur une solidarité par division du travail), alors il y a ordre juridique et il y a Constitution : *Ubi societas, Ibi constitutio*.

---

<sup>2</sup> E. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 2007, 416 p.

<sup>3</sup> F. TÖNNIES, *Communauté et Société [Gemeinschaft und Gesellschaft]* (1887), Paris, PUF, 2010. Sur le lien entre Tönnies et Durkheim, voir E. DURKHEIM, « Communauté et société selon Tönnies », *Revue philosophique*, n° 27, 1889, p. 416-422, reproduit dans E. DURKHEIM, *Textes I. Éléments d'une théorie sociale*, Paris, Éditions de Minuit, 1975, p. 383-390.

Pourquoi une Constitution accompagnerait-elle nécessairement la naissance d'un ordre juridique ? Parce que tout milieu intersocial pose la question du pouvoir.

La question de l'allocation du pouvoir vient avec la division du travail social. Elle ne se pose pas – ou pas dans les mêmes termes – dans une Communauté (un milieu social organique homogène), mais elle se pose dès que des individus s'assemblent non plus simplement par ressemblance mais par intérêt.

Or la Constitution, c'est *l'instrument juridique par excellence de la structuration du pouvoir dans une société*.

Je cite Scelle, dans un des passages les plus significatifs :

Toute collectivité intersociale, y compris la communauté universelle du Droit des gens repose, comme les collectivités mieux intégrées et notamment les collectivités étatiques, sur un ensemble de règles constitutives essentielles à leur existence, à leur durée, à leur progrès. Là même où ces collectivités paraissent avoir l'organisation la plus rudimentaire, où les normes fondamentales semblent les plus indécises et où les institutions paraissent inexistantes, une *constitution* au sens large, mais au sens juridique, ne s'en révèle par moins<sup>4</sup>.

Quel est le rôle de la Constitution ? C'est la canalisation du pouvoir par la réglementation de l'exercice des trois fonctions sociales qui doivent être accomplies dans toute société : législative, juridictionnelle et exécutive :

Tout ordre juridique implique en effet l'accomplissement de trois fonctions sociales sans lesquelles le phénomène de solidarité qui lui sert de base disparaîtrait et la collectivité avec lui. [...] [La vie sociale] ne pourrait continuer, en effet, sans une *élaboration* au moins rudimentaire des *normes* positives essentielles ; sans un *jugement* de valeur des activités individuelles et des volontés émises par les individus dans l'utilisation des compétences que la coutume leur reconnaît ; sans une *garantie sociale* des situations jugées conformes aux nécessités publiques, sans l'organisation d'une réaction ou d'une *sanction* contre les actes qui lui sont contraires. Cette triple activité où les membres du corps social participent à la fois individuellement et collectivement, constitue, dès lors qu'elle obéit à certaines normes, l'essentiel d'un Droit constitutionnel et nulle société interétatique, extra-étatique ou superétatique ne subsisterait sans elle<sup>5</sup>.

Notons d'emblée une originalité de Scelle, mais qui est à mon avis absolument centrale dans la conception que l'on se fait de la société internationale et déterminante pour toute la suite : Scelle admet qu'un ordre juridique puisse naître au sein d'un milieu social hétérogène, c'est à dire *intersocial*, ou autrement dit établi sur la base d'une interaction entre divers milieux sociaux eux-mêmes homogènes.

Scelle ne conçoit pas l'homogénéité des populations – la Communauté de Tönnies – comme une condition de départ pour la formation des sociétés.

---

<sup>4</sup> G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, vol. II, *Droit constitutionnel international*, op. cit., p. 7.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 7-8.

Il souligne au contraire la *diversité* originaire des individus qui compose toute société, la variété de leurs croyances et de leurs allégeances. Et la technique pour concilier cette diversité avec une nécessaire unité de l'ordre juridique, c'est la technique du fédéralisme, qui se retrouve à tous les niveaux de la société.

C'est important car cela permet d'opposer radicalement la conception scellienne d'une conception « communautaire » de l'État et de la Constitution. C'est aussi important au regard de la théorie de la Fédération. Contrairement à Carl Schmitt, Scelle conçoit tout à fait qu'il puisse y avoir une Fédération à partir d'un milieu aussi hétérogène que la société des États après la Première Guerre mondiale et donc que la Société des Nations puisse être rangée sous le phénomène fédératif<sup>6</sup>. Schmitt refuse cette qualification pour des raisons stratégiques parfaitement expliquées par Olivier Beaud<sup>7</sup>. Mais au-delà de ce calcul stratégique, son argument central est que l'homogénéité des composantes de la Fédération est une garantie contre un conflit extrême au sein de la Fédération<sup>8</sup>.

## 2. LA CONSTITUTION COMME PHÉNOMÈNE ET NON COMME IDÉE

La deuxième différence fondamentale entre Scelle et la pensée constitutionnaliste est que Scelle pense la Constitution internationale comme phénomène observable dans l'ordre juridique et non comme un *projet* ou comme une idée régulatrice.

Pour illustrer ce point, je reprends à la distinction utilisée notamment par Samantha Besson entre un concept « fin » (*thin*) de Constitution et un concept « renforcé » (*thick*) de Constitution<sup>9</sup>.

La *Constitution des constitutionnalistes* relève d'un concept *thick* – renforcé – parce qu'elle vient avec tout un bagage complexe qui est celui de la technique constitutionnelle de la démocratie et de l'État de droit : séparation des pouvoirs, répartition des fonctions entre organes, rigidité de la Constitution, éventuellement contrôle de constitutionnalité, etc. Le constitutionnalisme charge la Constitution d'un projet politique, elle relève davantage de ce qu'on pourrait appeler une technologie du politique que d'une technique juridique.

---

<sup>6</sup> Voir pour plus de détails mon article : O. DE FROUVILLE, « Perspectives du droit cosmopolitique sur la responsabilité de protéger », *Droits*, n° 57, 2013, p. 95-118, et ici p. 113.

<sup>7</sup> Voir O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface de C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 110-111 ; mais aussi O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 267-268, note de bas de page n° 5 : « Savoir si [la Société des Nations] était une Fédération était crucial pour l'Allemagne qui s'interrogeait sur la nécessité d'y adhérer car si l'on qualifiait la SDN de Fédération, on pouvait lui attribuer des droits importants d'intervention dans les affaires intérieures des États membres. »

<sup>8</sup> Voir en particulier la « troisième antinomie » énoncée par Schmitt à propos de la Fédération dans C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 518 sqq.

<sup>9</sup> S. BESSON, « Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism and Democracy », in J.L. DUNOFF et J.P. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 381-407, p. 386.

Dans ce contexte, puisque la Constitution est un but à atteindre, un idéal, elle est considérée par cette approche comme un *étalon* de mesure (*benchmark*) : elle permet d'évaluer le degré d'évolution d'un ordre juridique en rapprochant un certain nombre de phénomènes de l'idée régulatrice de la Constitution. Le plus souvent, la démarche des auteurs consiste d'ailleurs à examiner le droit international positif et à rapprocher ce droit positif du *modèle de la Constitution*, pour voir dans quelle mesure il y a concordance entre les deux.

Tout le discours récent sur la constitutionnalisation du droit international relève de la même démarche. Ainsi, dans son introduction à l'ouvrage collectif *The Constitutionalization of International Law*, Jan Klabbbers définit l'objectif des auteurs de la manière suivante : « *our aim is to see what a constitutional international legal order could look like* ». Leur approche se situe donc « *somewhere in between the strictly normative [...] and the strictly descriptive [...]*<sup>10</sup> ».

Une théorie de la Constitution non constitutionnaliste considèrera la Constitution non comme un modèle, comme un but à atteindre, mais comme une réalité, comme un phénomène qu'il est possible de connaître par l'analyse du droit positif – et cela depuis que le droit international existe.

Autrement dit, et contrairement à l'approche précédente, il est question d'un concept inhérent au Droit lui-même et par conséquent immanent et non transcendant. Contrairement à la première, une telle conception ne peut reposer que sur un concept « *thin* », peu exigeant et assez rudimentaire, de la Constitution.

C'est bien entendu la conception de Georges Scelle, comme on l'a vu : Scelle retient une définition peu exigeante de la notion de Constitution, mais ce faisant il peut l'appliquer à tout milieu intersocial, y compris le milieu international. La Constitution n'est plus un étalon, mais comme on l'a dit, une technique juridique qui revêt une réalité en droit positif. Partant, le concept de Constitution perd en grande partie le contenu philosophique et programmatique dont il était porteur : la Constitution ne contient plus les notions de démocratie, de séparation des pouvoirs, d'État de droit – autrement dit, *la Constitution n'est plus constitutionnaliste*.

### 3. LA CONSTITUTION COMME PROCESSUS ET NON COMME ACTE

La troisième différence fondamentale entre l'approche scellienne et l'approche constitutionnaliste réside dans le fait que Georges Scelle conçoit la Constitution comme un processus continu et non comme un moment dans l'Histoire. Par conséquent, dans la conception de Scelle, la Constitution est avant tout non écrite ou coutumière, tandis que chez les constitutionnalistes, elle se concentre dans un texte écrit, en l'occurrence la Charte des Nations Unies.

---

<sup>10</sup> J. KLABBERS, « Setting the Scene », in J. KLABBERS, A. PETERS et G. ULFSTEIN (dir.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 4.

Les constitutionnalistes soutiennent en effet généralement que la « vraie » Constitution internationale est écrite : elle s'identifie à la Charte des Nations Unies.

Les auteurs qui vont dans ce sens perçoivent donc un « moment constitutionnel » dans l'Histoire de l'humanité<sup>11</sup>. Non qu'il n'y ait eu auparavant des « principes constitutionnels » : mais *grosso modo*, le rapport qui est établi entre ces principes constitutionnels et la Constitution est celui qui est établi par les révolutionnaires français entre les lois d'Ancien Régime et la Constitution de 1791. L'Ancien Régime avait certes des lois constitutionnelles mais pas de Constitution, parce que ces lois étaient issues de la Nature et non de l'Histoire, parce que ces lois étaient un héritage et non une novation.

Selon cette position, la Constitution, une fois *adoptée* et *décidée*, intègre les lois non écrites : c'est-à-dire que ce qui était constitutionnel et qui existait en dehors du texte est codifié par le texte. L'essentiel de la Constitution se trouve donc dans la Charte des Nations Unies et dans quelques textes annexes, ce que Christian Tomuschat appelle les « *world order treaties*<sup>12</sup> » (Pactes sur les droits, etc.) ou Bardo Fassbender les « *constitutional by-laws*<sup>13</sup> ».

On peut en conclure deux choses :

– Selon cette position, la Constitution est le produit d'un acte de volonté, et non le produit d'un processus spontané et continu. La Constitution légale exprime sans doute les valeurs d'une Communauté, mais elle n'en est pas moins une rupture dans l'Histoire, un nouveau départ.

– Par ailleurs, la Constitution a nécessairement une dimension *constructive* ou *institutionnelle* et non pas seulement normative. La Constitution, c'est la création d'organes internationaux ou supranationaux et la répartition *volontaire* des compétences entre eux pour créer un *équilibre des pouvoirs*.

À l'inverse, Scelle considère que la Constitution est avant tout non écrite – ce qui n'exclut pas que certains principes constitutionnels et certaines institutions constitutionnelles soient créés par traité. Mais la « base », la substance du droit constitutionnel international, reste non écrite, de nature coutumière :

De la sorte, si certaines constitutions sont exclusivement coutumières, il n'en est point, croyons-nous, dont on puisse dire qu'elles soient exclusivement écrites<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Voir notamment Bruno Simma qui maintient la position antérieurement développée par Alfred Verdross : B. SIMMA, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 250, 1994, en particulier p. 258 sqq.

<sup>12</sup> Ch. TOMUSCHAT, « Obligations Arising for States Without or Against Their Will », *R.C.A.D.I.*, vol. 241, 1993, notamment p. 248 sqq.

<sup>13</sup> B. FASSBENDER, « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, p. 529-619, et en particulier p. 588.

<sup>14</sup> G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, vol. II, *Droit constitutionnel international*, *op. cit.*, p. 9.



Cette position met en valeur deux éléments importants :

– Premièrement, *la Constitution est le produit d'un processus et non d'une décision*. Il peut bien y avoir un texte adopté à un moment *t*, mais au moment même où ce texte est adopté, il est déjà dépassé, même s'il sert à fixer un cadre particulier à partir duquel l'évolution s'opère.

Philip Allott exprime une idée semblable en écrivant que la Constitution recouvre en réalité trois Constitutions : une constitution *légale*, une constitution *réelle* et une constitution *idéale*<sup>15</sup>. La *Constitution légale* régleme les actes de volonté qui ont pour objet la formation et l'exercice du pouvoir. La *Constitution réelle* est la Constitution telle qu'actualisée dans un processus social continu. La *Constitution idéale* est la Constitution comme projet possible dans le cadre de la Constitution légale et qui s'actualise dans la Constitution réelle.

– Deuxièmement, la Constitution n'inclut pas forcément une dimension constructive ou institutionnelle : il peut y avoir une Constitution qui n'institue pas d'organes, il suffit qu'elle répartisse des compétences entre des sujets qui lui préexistent. La question de la *séparation* des pouvoirs, de l'équilibre entre les organes « de manière à ce que le pouvoir arrête le pouvoir » n'est pas inhérente au concept de Constitution.

Autrement dit, une société anarchique est dotée d'une Constitution à partir du moment où il y a répartition des compétences – même sur une base strictement horizontale d'égalité – entre les individus qui composent cette société. C'est typiquement le cas de la Constitution du droit international classique dont l'une des normes principales est l'égalité souveraine des États avec pour corollaire l'exclusivité des compétences de l'État sur son territoire.

Mais alors, s'il n'y a pas d'organes, comment s'effectuent les fonctions sociales ? On connaît la réponse de Scelle (c'est la partie la mieux connue de sa doctrine, celle qui a le plus de succès) : la règle du *dédoublement fonctionnel*.

Ainsi Georges Scelle montre-t-il qu'un ordre juridique peut se développer sans création d'organe : c'est un ordre purement normatif, sans institutions, donc anarchique. Les fonctions sont pourtant assurées, le pouvoir organisé parce que réparti entre des organes préexistants – en l'occurrence, pour le droit international, les États. La société inorganique internationale emprunte aux sociétés organiques, et surtout aux États, leur personnel gouvernant :

L'ordre juridique international emprunte pour sa réalisation le concours

---

<sup>15</sup> PH. ALLOTT, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 134-136 : « *It is the constitution as it takes effect in the present-here-and-now, as actual persons exercise the social power made available by the legal constitution to realize the possibilities of the ideal constitution.* » Enfin la Constitution idéale est « *the constitution as it presents to society an idea of what society might be. [...] In the ideal constitution, society conceives of its other selves, possible selves which conform to its idea of itself as society. In willing, society chooses to make an actual self out of one of its possible selves. Its possible selves are possibilities inherent in the legal constitution and the real constitution.* »

des sujets de droit et des institutions politiques des ordres juridiques nationaux, mais il se réalise. On n'a jamais nié, il est impossible de nier, qu'il y ait une élaboration du droit positif, un contrôle juridictionnel des situations juridiques, une sanction exécutive allant jusqu'à l'emploi de la force – de la guerre, – dans les rapports interétatiques. Il y a donc législation, juridiction, gouvernement, au sens large et au sens restreint ou matériel du mot, activité constitutionnelle complète, aussi bien dans les sociétés du Droit des gens que dans celles du droit interne. Ce ne sont que les procédés de réalisation qui diffèrent<sup>16</sup>.

On voit donc que Georges Scelle pose les bases d'une théorie non constitutionnaliste de la Constitution. Cette théorie de Georges Scelle présente toutefois une triple difficulté, qu'il est nécessaire de surmonter :

i. elle demeure *normative/prescriptive* et non purement descriptive, dans la mesure où elle prétend bâtir le concept d'une Constitution qui met en concordance la factualité du pouvoir d'une part, et la légitimité et la validité de la norme d'autre part, donc finalement une constitution de type démocratique. Or il est clair qu'il existe beaucoup d'exemples dans la réalité où cette concordance n'a pas lieu.

ii. Et justement cette théorie étant *normative/prescriptive*, elle est aussi *contradictoire*, car tout en prétendant assurer cette concordance (entre factualité, légitimité et validité), elle affirme la primauté de la factualité sur la validité et sur la légitimité :

Les gouvernants qui exercent ou contrôlent l'exercice des fonctions publiques, sont en fait les individus qui détiennent les forces matérielles : les armes, la richesse, ou le nombre<sup>17</sup>.

Or si le gouvernement revient à la plus grande force, on ne voit pas ce qui *garantit pratiquement ou juridiquement* la concordance entre factualité, légitimité et validité.

iii. Elle est *incomplète*, parce qu'elle ne formule pas explicitement ce qui fait la spécificité d'une Constitution internationale, par opposition à une Constitution étatique. Or, il y a une spécificité, parce que la Constitution internationale ne peut justement pas se concevoir comme identique à celle des États nationaux, ni même par analogie avec elle.

Le projet que j'ai développé par ailleurs<sup>18</sup> consiste donc à dépasser ces difficultés de la théorie scellienne :

– d'une part, en construisant une *théorie non prescriptive*, qui soit en mesure de décrire toutes les expériences constitutionnelles et non seulement les

---

<sup>16</sup> G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, vol. II, *Droit constitutionnel international*, op. cit., p. 12.

<sup>17</sup> G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, vol. I, *Introduction. Le milieu intersocial*, Paris, Recueil Sirey, 1932, p. 23.

<sup>18</sup> Voir O. DE FROUVILLE, « On the Theory of the International Constitution », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE et J. VINALES (dir.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, p. 77-103 ; *Théorie et pratique de la Constitution internationale*, Cours à l'Institut des Hautes Études Internationales, 2013, à paraître.

expériences « démocratiques » dans lesquelles il est admis qu'il y a concordance entre la factualité du pouvoir et la légitimité et la validité de la norme ;

– d'autre part, en construisant une théorie propre à l'expérience constitutionnelle du *milieu intersocial international* et, au-delà, global.

Il me semble que sous ce double aspect, une théorie non constitutionnaliste de la Constitution présente le grand avantage de nous aider à mieux comprendre le droit international contemporain tel qu'il est, plutôt que de se focaliser sur ce qu'il devrait être, qui plus est en opérant des analogies toujours risquées avec le modèle étatique.

### **Olivier de Frouville**

*Olivier de Frouville est professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, membre de l'Institut Universitaire de France et directeur du Centre de Recherche sur les Droits de l'Homme et le Droit Humanitaire (C.R.D.H.)/Paris Human Rights Center.*



« GLOBAL CONSTITUTIONALISM », UN DISCOURS DOCTRINAL HOMOGENÉISANT  
L'APPORT DU COMPARATISME CRITIQUE

D'emblée, le peu d'intérêt manifesté par les constitutionnalistes français pour le constitutionnalisme global mérite d'être souligné. Il n'est peut-être pas inutile de s'interroger sur cette réflexion tardive pour comprendre, en contrepartie, la prédominance de la pensée anglo-américaine dans ce domaine. Deux facteurs explicatifs semblent se détacher. Tout d'abord, une explication propre à la matière constitutionnelle liée à la notion d'État, sa prégnance en Europe continentale et, au contraire, son absence ou presque dans le droit constitutionnel anglais et américain. Une autre explication, pendante de la première, tient au rôle nouveau, depuis la Seconde Guerre mondiale, du droit international qui s'intéresse de plus en plus aux individus. Cela se traduit notamment par la référence aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans les constitutions nationales. Par conséquent, le champ disciplinaire a été investi surtout par les internationalistes : la perturbation induite par ces changements peut leur sembler plus forte qu'en droit constitutionnel, mais c'est aussi parce que les constitutionnalistes français étaient trop occupés par le « tournant contentieux » pour percevoir le « tournant global ». Une remarque d'ordre sociologique, enfin, complète ces explications : ce ne sont pas exclusivement des raisons disciplinaires qui entrent en ligne de compte, les auteurs et la langue de travail utilisée sont tout aussi déterminants. Or, les Allemands (plutôt des internationalistes) et les Italiens (plutôt des administrativistes) sont très présents dans le débat global. Les uns et les autres sont conscients que, pour assurer la diffusion de leurs idées, la langue anglaise leur assure de meilleures performances<sup>1</sup>.

Pour ceux qui s'y intéressent, l'absence d'une définition unanime du constitutionnalisme global comme, d'ailleurs, du droit global est marquante. Pourquoi en est-il ainsi ? Parce que ni l'un ni l'autre ne correspond à un corpus de règles de droit positif. Le chercheur est libre dans la constitution de son objet. Les *global lawyers* visent certains objets juridiques globaux liés aux activités transfrontalières comme, par exemple, l'environnement, le commerce ou internet, mais ils ne s'accordent pas davantage sur ce point non plus<sup>2</sup>. Cependant, ce qui importe ici est que le discours global s'applique également au droit constitutionnel, puisque la doctrine constitutionnelle écrit sur le « droit constitutionnel global<sup>3</sup> ». Quant aux internatio-

---

<sup>1</sup> Le programme du colloque des 29 et 30 mai 2017 en témoigne parfaitement.

<sup>2</sup> B. FRYDMAN, « L'émergence d'une discipline : le droit global », communication présentée au colloque organisé par F. Audren et S. Barbou des Places : « Qu'est-ce qu'une discipline ? », janvier 2015, Paris I ; accessible en ligne à l'adresse : <http://www.philodroit.be/>

<sup>3</sup> Voir l'article séminal pour les constitutionnalistes américains : B. ACKERMAN, « The Rise of World Constitutionalism », *Virginia Law Review*, n° 83, 1997, en particulier p. 774-75

nalistes, ils débattent du « constitutionnalisme global<sup>4</sup> ». Dans le cadre régional européen, ce sont plutôt les expressions de « constitutionnalisme multiniveaux » ou de « pluralisme constitutionnel » qui connaissent un véritable succès parmi les européens<sup>5</sup>. On observera que, selon la discipline d'où l'on parle, les discours et terminologies ne sont pas identiques. En outre, des fractures internes à chaque discipline sont aussi perceptibles, puisque les représentations du droit global sont nombreuses<sup>6</sup>.

La perspective globale correspond avant tout à un discours doctrinal ou, plus exactement, à des discours. Autrement dit, la doctrine cherche par son travail de conceptualisation à rendre compte et à comprendre des nouveautés liées au phénomène global. Sans doute existe-t-il « quelque chose » qu'il convient de nommer. La représentation de cette chose n'épuise toutefois pas la réalité. Ce phénomène renvoie à des processus qui interdisent toute réponse définitive<sup>7</sup>, car il est à la fois envahissant et pluriel. Les juristes (au-delà des constitutionnalistes) sont sans doute mal outillés, peut-être aussi insuffisamment imaginatifs<sup>8</sup>, pour l'appréhender et pour l'expliquer en raison du prisme du nationalisme méthodologique. Les catégories de l'État national ont en effet structuré et, indéniablement, structurent encore en grande partie notre compréhension sociale et spatiale du monde<sup>9</sup>. Il est (presque) inévitable que se produise dans les différents discours qui cherchent à en donner une représentation une oscillation entre les caractères prescriptif et descriptif. Lorsque l'on aborde le constitutionnalisme dans une perspective globale, la difficulté est de surcroît amplifiée, puisque le constitutionnalisme, lui aussi, se présente comme un concept aux différentes couches, un concentré de significations lié à plusieurs traditions (Grande-Bretagne,

---

où il explique les raisons de « penser de manière différente l'expérience américaine » à cause de la diffusion du constitutionnalisme.

<sup>4</sup> Comme en témoigne la revue, *Global Constitutionalism* créée en 2012 chez Cambridge University Press.

<sup>5</sup> Les références bibliographiques sont trop nombreuses pour être toutes citées. Néanmoins, les travaux suivants sont incontournables : I. PERNICE, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited », *Common Market Law Review*, n° 36, 1999, p. 703 ; I. PERNICE, F.C. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *R.T.D.E.*, 2000, p. 631 ; N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, n° 3, 2002, p. 317.

<sup>6</sup> Neil Walker en a dégagé sept dans son dernier ouvrage intitulé, *Intimations of Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 : voir en particulier le chapitre 3, p. 55 sq.

<sup>7</sup> M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *A.J.D.A.*, n° 1, 2006, p. 20.

<sup>8</sup> N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 27.

<sup>9</sup> M.-C. PONTTHOREAU, « La métaphore géographique. Les frontières du droit constitutionnel dans un monde globalisé », *R.I.D.C.*, 3, 2016, p. 611.

États-Unis et France)<sup>10</sup>. Le constitutionnalisme change à l'ère globale, mais la direction du changement est incertaine et reste ouverte<sup>11</sup>.

Certains constitutionnalistes, consciemment ou inconsciemment, ont ainsi forcé le trait. Aussi Mark Tushnet<sup>12</sup> présente-t-il la globalisation du droit constitutionnel comme « inévitable ». Pour lui, la globalisation du droit constitutionnel correspond à la convergence des systèmes constitutionnels en raison de leurs structures institutionnelles et de la garantie des droits et libertés. Elle reposerait principalement sur une série d'éléments liés aux processus formels (traités ou conventions relatifs aux droits de l'homme, institutions internationales ou/et européennes) et informels (les échanges entre juges constitutionnels, les réseaux d'ONG) de l'internationalisation du droit et de la globalisation économique. Les constitutionnalistes comparatistes ont repris à leur compte l'expression de « constitutionnalisme global » pour souligner en particulier la convergence des droits reconnus dans les catalogues constitutionnels<sup>13</sup>. Au contraire, d'autres cherchent à se distinguer de cette représentation en assurant la promotion d'un « constitutionnalisme transformateur<sup>14</sup> ». C'est sans doute une manière de se singulariser en mettant en avant un autre modèle (même si les bases empiriques sont les mêmes). Au sein du constitutionnalisme global, les discours alternatifs se déploient. Quel peut être le rôle de la comparaison des droits et du comparatiste face à la diversité de ces discours ?

Il convient, tout d'abord, de distinguer entre les différentes utilisations de l'instrument comparatif par, d'une part, les producteurs du droit et, d'autre part, les observateurs (*i. e.* les savants qui interrogent le droit et sa production). La mise à distance que permet la comparaison n'est sans doute pas le cheminement le plus pratiqué. La comparaison est au contraire le plus souvent un instrument de légitimation, et elle est donc partie prenante dans le discours global. Il existe une tradition technicienne qui caractérise le comparatisme (et d'ailleurs, plus particulièrement, le comparatisme français) et qui favorise cette implication, puisque le droit comparé est avant tout conçu comme un instrument d'exportation du droit national ou bien un instrument de réformes internes. De cette vision du comparatisme a résulté un intérêt pour les droits étrangers et moins pour les fondements du droit

---

<sup>10</sup> Sur ce concept et les différentes traditions, O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in Ph. RAYNAUD & S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 117.

<sup>11</sup> P. DOBNER, M. LOUGHLIN, « Introduction », in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. XVI.

<sup>12</sup> M. TUSHNET, « The Inevitable Globalization of Constitutional Law », *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, n° 09-06, 2009, texte disponible à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Cet article est cité 132 fois selon Google Scholar (voir explications note 22) consulté le 25.10.2017.

<sup>13</sup> D.S. LAW, M. VERSTEEG, « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism », *California Law Review*, n° 99, 2011, p. 1162.

<sup>14</sup> C.M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, Paris, Kimé, 2015 ; A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latine America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

comparé. Les origines du comparatisme français sont, de ce point de vue, éclairantes. À partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'importance donnée au questionnement sur les sources formelles a conduit au renoncement corrélatif à tout critère matériel du droit. Le droit comparé moderne est ainsi né au XIX<sup>e</sup> siècle comme « législation comparée » destinée à favoriser l'unification des droits nationaux et visant à clarifier scientifiquement les origines des droits, d'où la tendance à circonscrire l'étude aux seules règles écrites de droit étranger. Il s'agit là d'une conception de la comparaison juridique comme étant avant tout une étude descriptive et formelle des droits étrangers se concentrant sur la question : « qu'est-ce que le droit ? »<sup>15</sup>.

Bien que les études comparatives soient essentiellement liées à différentes traditions juridiques nationales, elles restent imprégnées par des représentations philosophiques telles que la hiérarchie des normes et le pouvoir territorial de la souveraineté, qui conduisent à faire prévaloir des recherches comparatives centrées sur les règles de droit positif. Aujourd'hui, les études comparatives cherchent toutefois à s'éloigner de cette emprise et, donc, de l'assimilation entre droit et règles d'une part, et droit et État, d'autre part<sup>16</sup>. C'est pourquoi le droit comparé en tant que discipline se renouvelle par l'étude du phénomène global (comme elle l'a été en raison de l'europanisation du droit : par exemple, le débat revisité sur les transferts juridiques). Conscients de l'utilisation de la comparaison pour servir différentes lectures du droit et alertés par, notamment, les problèmes de traduction que posent certains concepts ou par les difficultés à greffer des institutions ou des règles étrangères, certains comparatistes se sont détachés de la vision technicienne du comparatisme pour développer un regard sceptique sur le droit communautaire (puis droit de l'Union européenne) comme droit commun à partir des droits nationaux. Dans le prolongement de ce renouvellement, le comparatiste privilégie un point de vue externe et descriptif, qu'il peut aussi exercer sur la version globale et les différentes formes de discours qui cherchent à la structurer<sup>17</sup>. C'est donc avant tout une critique d'ordre

---

<sup>15</sup> La centralité de cette question s'explique par la prépondérance des privatistes au sein des études comparatives et par leur besoin de connaître les droits étrangers à des fins pratiques. Il n'y a là rien de surprenant : il suffit de penser à la fréquence des rapports commerciaux ou civils entre les particuliers des divers États. Sur la prépondérance initiale des comparatistes privatistes et sur le développement contemporain du comparatisme critique, je reprends certains développements présentés dans l'ouvrage suivant : M.-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010. Depuis cette publication, les travaux comparatifs critiques se sont enrichis de nombreux ouvrages. Parmi une riche bibliographie, les travaux de Günter Frankenberg méritent d'être distingués, dont la dernière publication : G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, E. Elgar, Cheltenham, Northampton, 2016.

<sup>16</sup> H. MUIR WATT, « Globalization and Comparative Law », in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 584.

<sup>17</sup> Bien que le comparatiste qui s'intéresse au phénomène global et, en particulier, au constitutionnalisme global puisse nourrir une perspective critique, d'autres au contraire participent à ces discours en défendant un droit constitutionnel comparé comme « droit des interactions, de l'intégration, des rapprochements » au-delà de « l'enferment horizontal dans le cadre étatique » : voir, par exemple, C. GREWE, « L'impact de la protection internationale des droits de l'homme sur le droit constitutionnel comparé : flux et reflux », *R.I.D.C.*, n° 4, 2016, p. 937. Il se situe dès lors dans une démarche prescriptive semblable à celle dévelop-



épistémologique et méthodologique qui peut être proposée et qui place le comparatiste dans une position vertigineuse. La tâche est immense, car, forcément, l'échelle est planétaire, mais aussi parce qu'il y a un double discours en action : d'un côté, le discours global et, de l'autre, le discours constitutionnel. Autrement dit, aujourd'hui, on voit la constitution partout<sup>18</sup> et le global est omniprésent. Il n'y a plus d'évidence disciplinaire : de manière symptomatique, le droit international et le droit constitutionnel sont enchevêtrés pour protéger les droits et libertés.

Le comparatiste cherchera donc à faire la part des choses pour éclairer les présupposés et montrer les enjeux de certaines des lectures proposées. Ce qui peut être avancé et critiqué correspond au caractère homogénéisant du discours sur le « constitutionnalisme global », même si plusieurs versions se sont développées : la critique n'est pas en soi originale, puisque les discours sceptiques deviennent tout aussi nombreux que ceux qui promeuvent le constitutionnalisme global<sup>19</sup>. Il est toutefois frappant que la méthode ait été si peu convoquée dans ce foisonnement de discours doctrinaux, alors même que celle des juges a été très abondamment commentée, tout particulièrement le recours aux solutions étrangères pour interpréter la constitution nationale<sup>20</sup>. Il conviendrait même de parler d'impressionnisme méthodologique, sans doute lié à la difficulté indéniable de saisir une réalité protéiforme dans ses manifestations et ses effets sur le droit, et dont témoigne la nébuleuse terminologique pour désigner le phénomène global au plan constitutionnel. Comment appréhender les transformations juridiques accompagnant des phénomènes aussi différents que le développement des droits de l'homme et de la justice pénale internationale, les migrations, le terrorisme, l'interdépendance des marchés et des économies, la régulation de l'internet, pour ne prendre que quelques uns de ces phénomènes sans oublier les acteurs que sont les multinationales, les *law firms*, les acteurs financiers, les ONG qui y participent ?

Le droit global et, plus spécifiquement, le constitutionnalisme global posent des problèmes épistémologiques et méthodologiques. Si, intuitivement, on perçoit bien les changements, il n'en reste pas moins que c'est une réalité qui ne s'offre pas à une connaissance immédiate. Les théories du

---

pée par la plupart des *global lawyers* : voir le premier éditorial de la nouvelle revue consacrée au constitutionnalisme global, A. WIENER, A.F. LANG Jr, J. TULLY, M. POIARES MADURO, M. KUMM, « Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy, and the Rule of Law », *Global Constitutionalism*, n° 1, 2012, p. 1-15

<sup>18</sup> Le constitutionnalisme sociétal développé par Gunther Teubner témoigne de la production de normes « dotées de propriétés constitutionnelles » dans différents secteurs d'activité (économie, nouvelles technologies, santé, etc.). La traduction française est désormais disponible : G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels: Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Garnier, 2016.

<sup>19</sup> Pour une première tentative de cartographie de ces travaux dans la doctrine française : G. TUSSEAU, « Un chaos conceptuel qui fait sens : le constitutionnalisme global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 182.

<sup>20</sup> Même en français alors que le Conseil constitutionnel ignore « l'argument de droit comparé ou de droit étranger » : voir la thèse A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011.

global font dire à la réalité plus qu'elle n'en présente et c'est pourquoi, bien qu'il y ait une « base empirique »<sup>21</sup> au constitutionnalisme global (I), une critique des outils mobilisés pour en rendre compte sera formulée de manière à renforcer la compréhension de ce phénomène aux multiples facettes (II). En général (car toutes les versions présentes dans la large littérature existante ne sont pas prises en compte), l'interprétation proposée gomme certaines données qui soulignent les différences culturelles entre les systèmes étatiques. Les côtés obscurs du constitutionnalisme global sont estompés, voire évacués, même si certaines formes contemporaines du constitutionnalisme (telles que le constitutionnalisme transformateur) sont plus prometteuses. C'est en ce sens que le discours sur le constitutionnalisme global est un discours homogénéisant et une proposition sera en dernier lieu énoncée de façon à réorienter, par une approche différentielle et culturelle, le constitutionnalisme global comme discours de la convergence des droits constitutionnels vers une globalisation différenciée des droits constitutionnels (III).

## I. LES FONDEMENTS EMPIRIQUES DU DISCOURS DE LA CONVERGENCE DES DROITS CONSTITUTIONNELS

Depuis 1989, il est indéniable que l'on observe une effervescence constitutionnelle. Alors que l'on ne change pas de constitution tous les jours, le constitutionnalisme a depuis cette date connu une expansion majeure d'abord européenne (les anciennes sociétés communistes des pays de l'Europe centrale et orientale), puis mondiale (Afrique du Sud et un grand nombre de pays de l'Amérique latine). Dans ce contexte, deux phénomènes sont essentiels pour ceux<sup>22</sup> qui ont écrit parmi les premiers sur le constitutionnalisme global. Ces phénomènes peuvent être présentés comme la base empirique de la thèse de la convergence des droits constitutionnels : d'une part, la large diffusion de la justice constitutionnelle et sa consolidation et, d'autre part, la multiplication des catalogues constitutionnels des droits et des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme (1). Mais c'est insuffisant pour expliquer l'expansion du discours sur le constitutionnalisme global : il faut rechercher les raisons du succès actuel de ce discours dans la continuité de ce-

---

<sup>21</sup> Bien que positiviste, Jellinek n'hésite pas à définir le droit comme une science de l'esprit. Il se distingue de la sorte de la dogmatique juridique du positivisme dominant de son époque et, en particulier, de l'idéalisme conceptuel et de la croyance en l'existence d'universaux du droit. On peut assurément penser avec lui qu'« une "base empirique" est indispensable sans laquelle une connaissance véritable est impossible » : O. JOUANJAN, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Première partie Théorie générale de l'État* (1911), t. I, Paris, réédition, Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 49.

<sup>22</sup> Trois auteurs ont été identifiés comme ayant joué un rôle déterminant dans le développement du discours doctrinal sur le constitutionnalisme global : Bruce Ackerman, Anne-Marie Slaughter et Mark Tushnet. L'ancienneté de leurs écrits et leur diffusion justifient qu'ils soient retenus comme des marqueurs du discours doctrinal sur le constitutionnalisme global. Nous avons choisi pour chacun d'entre eux un article fondamental et vérifié le nombre de citations dans Google Scholar : les données bibliométriques peuvent être contestées mais elles constituent un indice de l'influence doctrinale d'un auteur. La notoriété de ces auteurs compte aussi et compense en partie le risque d'arbitraire de notre choix.

lui d'un discours plus ancien, celui sur l'eupéanisation du droit qui lui sert de fondement. En effet, l'expérience de l'intégration européenne nourrit l'idée et la réalisation de la convergence des droits (2).

### *1.1. Les faits constitutifs du constitutionnalisme global*

Vers la fin des années 1990, Bruce Ackerman<sup>23</sup>, tandis qu'il s'inscrivait jusqu'alors dans une approche traditionnelle du droit américain repliée sur elle-même, a prôné une démarche différente pour penser l'expérience nationale « comme un cas spécial, et non plus comme un cas paradigmatique » :

Tout d'abord, nous devons apprendre à penser de manière différente l'expérience américaine. Jusqu'à une période récente, il était approprié de lui donner une position privilégiée dans l'étude comparative. Les autres expériences avec une constitution écrite et un contrôle de constitutionnalité étaient trop récentes [...]. Cependant avec le nouveau siècle, un tel scepticisme n'est plus justifié<sup>24</sup>.

Finalement, les droits constitutionnels s'alignent sur le modèle américain puisque, après la Seconde Guerre mondiale, le contrôle de constitutionnalité devient une donnée fondamentale consolidée au cours des décennies suivantes au sein des systèmes constitutionnels européens, notamment allemand et italien, (y compris l'Union européenne, selon Bruce Ackerman) et au-delà de l'Europe (Canada, Inde, Israël). Des pratiques en cours de consolidation comme en France et en Espagne sont également visées.

Au même moment, s'est ouvert au sein de la Cour suprême des États-Unis un échange sur le recours au droit étranger ou, plus précisément, à des solutions constitutionnelles étrangères pour interpréter la Constitution. Il s'agit de l'arrêt *Printz v. United States* (1997)<sup>25</sup> dans lequel les *Justices* Breyer et Scalia opposèrent leur point de vue sur cette méthode. Depuis lors, la controverse est toujours aussi vive et occupe désormais « une place centrale<sup>26</sup> » dans la jurisprudence et la pensée constitutionnelles. Avec une procédure d'amendement constitutionnel difficile à mettre en œuvre, la Cour suprême est régulièrement sollicitée pour adapter par son interprétation la Constitution. Cela nourrit l'importante querelle méthodologique sur l'interprétation constitutionnelle et offre une nouvelle actualité à un thème déjà ancien pour les comparatistes européens : les emprunts juridiques. Cette question, qui encourage aussi la recherche comparative, a conduit les universitaires américains à investir ce champ d'étude et d'enseignement comme le prouve, en particulier, la publication de deux manuels de droit constitutionnel comparé<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> B. ACKERMAN, « The Rise of World Constitutionalism », *op. cit.*, p. 771 (cité 676 fois selon Google Scholar consulté le 25.10.2017).

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 774-775.

<sup>25</sup> Pour la traduction de l'arrêt, voir E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 1269.

<sup>26</sup> S. CHOUDHRY, « Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation », *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

<sup>27</sup> V. JACKSON, M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, 2<sup>e</sup> édition, New-York, Foundation Press, 2005 [1999] ; N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJO, S. BAER (dir.),

Les textes internationaux consacrés aux droits de l'homme (en particulier, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les conventions interaméricaines sur les droits de l'homme 1969-1978) et la production intensive de constitutions écrites à travers le monde à partir de la fin des années 1980 sont autant d'éléments qui ont contribué, chacun à leur manière, à ce renouveau. Au sein des constitutions nationales, la référence aux textes internationaux relatifs aux droits de l'homme a même été quantifiée : sur un échantillon de 283 constitutions écrites depuis 1945, quatre-vingt s'y réfèrent<sup>28</sup>. En particulier, les exigences relatives aux droits de l'homme et à la démocratie pluraliste formulées par certaines organisations internationales telles que la Banque mondiale sont interprétées comme le développement d'un constitutionnalisme global et les travaux de certains internationalistes américains ont servi le comparatisme au-delà d'une utilisation interne par le juge<sup>29</sup>. Dans ce contexte mondialisé, l'observateur académique constate la migration des idées constitutionnelles<sup>30</sup>. Si l'idée d'un effacement des frontières s'impose dans le discours global, y contribuent beaucoup la diffusion des droits de l'homme et surtout les dispositifs visant à les rendre effectifs. Depuis la création de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est un phénomène qui s'est intensifié de manière à lutter contre les crimes les plus odieux commis contre l'humanité.

Anne-Marie Slaughter est précisément celle qui a saisi le plus rapidement la nouveauté des interactions entre les systèmes juridiques nationaux et internationaux. Elle est sortie de la vision traditionnelle. En appréhendant le phénomène en partant de l'ordre interne ou bien de l'ordre juridique international, le thème de l'internationalisation est un problème de hiérarchie des normes. En revanche, en envisageant la perméabilité des systèmes juridiques non seulement aux règles de droit international, mais aussi de droit étranger, la représentation proposée va au-delà des conceptions moniste ou dualiste des rapports entre droit international et droit national et permet d'imposer comme clé de lecture un nouveau modèle, celui de la « globalisation juridictionnelle<sup>31</sup> ». Le phénomène de la citation des solutions jurisprudentielles étrangères et internationales (souvent indifférenciées dans le discours doctrinal) est, dès lors, généralement, analysé comme la marque d'un rapprochement, voire d'un dépassement des frontières juridiques nationales

---

*Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, 3<sup>e</sup> édition, St Paul, Thomson West, 2016 [2003].

<sup>28</sup> T. GINSBURG *e. a.*, « Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law », *U. Ill. L. Rev.*, 2008, p. 207-208.

<sup>29</sup> Voir en particulier les travaux menés par A.-M. Slaughter, notamment son ouvrage de synthèse : *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

<sup>30</sup> S. CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Déjà René Rodière avait pensé à cette métaphore pour rendre compte des invasions physiques ou intellectuelles : R. RODIÈRE, « Approche d'un phénomène : les migrations de systèmes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Gabriel Marty*, Publications de l'Université de Toulouse, 1978, p. 947.

<sup>31</sup> A.-M. SLAUGHTER, « Judicial Globalization », *Va. J. Int'l L.*, vol. 40, 2000, p. 1103 : cité 645 fois selon Google Scholar consulté le 25.10.2017. Voir aussi son article pionnier : A.-M. SLAUGHTER, « A Typology of Transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, p. 99.

par la constitution d'une communauté de juges à travers le monde<sup>32</sup>. Désormais, la « langue des droits<sup>33</sup> » s'identifie, avant tout, à celle pratiquée par les juges et les cours : le discours de la convergence trouve précisément appui dans cette pratique souvent représentée comme un « dialogue des juges ».

Dans son écrit, Bruce Ackerman évoquait le manque d'intérêt des juges américains pour le droit étranger. Cet article peut être qualifié de séminal : si le grand constitutionnaliste constatait que la globalisation n'avait pas encore eu « le moindre impact sur la pensée constitutionnelle américaine », depuis lors la controverse au sein de la Cour suprême des États-Unis a servi de caisse de résonance<sup>34</sup> et les travaux académiques se sont multipliés, tout particulièrement dans une perspective comparée. Outre la publication des deux *casebooks* précités, un autre indice majeur est aisément identifiable : la fondation en 2003 d'une nouvelle revue, *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*. Elle répond précisément à ces mutations et ses promoteurs, N. Dorsen et M. Rosenfeld (qui sont aussi les principaux auteurs d'un des manuels précités, *Comparative Constitutionalism*), justifient cette création par la nécessité de comprendre les tendances nouvelles du droit constitutionnel liées aussi bien à la globalisation qu'à un recours sans cesse grandissant des universitaires et des juges constitutionnels à la comparaison. La métaphore du dialogue des juges constitue le trait d'union qui permet de passer d'un discours dans un autre : de celui de l'europanisation du droit à celui sur la globalisation et, en particulier, du droit constitutionnel.

### *1.2. Le discours de la convergence des droits (constitutionnels) européens, fertilisant pour le discours sur le constitutionnalisme global*

Le discours sur le constitutionnalisme global est ancré dans le discours de la convergence des droits européens qui s'appuie sur la diffusion des droits de l'homme et l'intégration européenne. Pour les trois ténors du constitutionnalisme global, l'expérience européenne est exemplaire et mérite

---

<sup>32</sup> A.-M. SLAUGHTER, « A Global Community of Courts », *Harv. Int'l L. J.*, vol. 44, 2003, p. 191.

<sup>33</sup> E. GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos*, Madrid, Alianza, 1994 ; G. DE BURCA, « The Language of Rights and European Integration », in J. SHAW, G. MORE (dir.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 29 ; M.R. FERRARESE, « Il linguaggio transnazionale dei diritti », *Riv. Dir. Cost.*, 2000, p. 74.

<sup>34</sup> Voir *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997). Dans cette affaire, les juges Justice Antonin Scalia et Justice Stephen Breyer, dissident, ont opposé leur point de vue sur l'utilisation du droit étranger pour éclairer l'interprétation de la Constitution américaine. Dans l'affaire *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), la Cour suprême des États-Unis a eu recours pour la première fois à un précédent étranger (soit une décision de la Cour européenne des droits de l'homme) pour justifier un revirement jurisprudentiel relativement à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle. On peut douter que la solution juridique était expressément établie, mais la décision a néanmoins provoqué une vive réaction du Congrès dont un sous-comité de la Chambre des Représentants l'a comprise comme une atteinte à l'identité constitutionnelle nationale et a voté, le 13 mai 2004, une résolution intitulée « Reaffirmation of American Independence ». Voir *H.R. Res. 568*, 108<sup>e</sup> cong., 2<sup>e</sup> sess. (2004). Pour autant, la controverse entre Scalia et Breyer n'a pas été éteinte : voir aussi *Roper v. Simons*, 543 US 551 (2005).

d'être traitée comme première expression de la globalisation. L'article « Judicial Globalization » précité et rédigé par Anne-Marie Slaughter est, à ce titre, topique du rôle reconnu aux cours européennes.

C'est au cours de la dernière décennie du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle que se dessine une nouvelle étape qui s'articule autour du triptyque « droits de l'homme – démocratie pluraliste – État de droit<sup>35</sup> » devenu hégémonique par le jeu de l'élimination des versions concurrentes. Dans le cadre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), les États participants reconnaissent, dans un document adopté le 29 juin 1990 à la réunion de Copenhague, que « la démocratie pluraliste et l'État de droit sont essentiels pour garantir le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ». À partir de ce moment, la CEDH se transforme en un instrument de promotion et d'enracinement des droits de l'homme. Les États candidats, ceux qui ont exprimé la volonté d'être admis au sein du Conseil de l'Europe, doivent en respecter les buts et objectifs fixés par le statut du Conseil. Pour ce faire, ils doivent remplir certaines conditions qui s'organisent autour de deux exigences étroitement liées : d'une part, être une démocratie pluraliste et, d'autre part, respecter la prééminence du droit et garantir les droits de l'homme. En ce sens, la CEDH a été une source d'inspiration dans la rédaction de certains catalogues nationaux<sup>36</sup>. Cette influence globale a été particulièrement puissante sur les catalogues des pays d'Europe centrale, orientale et balte, même si certaines constitutions occidentales, notamment la Loi fondamentale allemande, ont constitué une autre source d'inspiration<sup>37</sup>. En revanche, on n'avait pas éprouvé le besoin d'énoncer que l'adhésion aux Communautés européennes reposait sur l'adhésion aux valeurs libérales et démocratiques. Cela allait de soi, même quand ce fut au tour d'anciennes dictatures de rejoindre la construction européenne : la Grèce en 1981, puis l'Espagne et le Portugal en 1986. La perspective change en raison de l'accélération liée à l'élargissement précipité vers l'Est du Conseil de l'Europe, qui a accepté parmi ses membres la Russie ou la Croatie dont on peut douter de leur respect scrupuleux des droits de l'homme. Avec le traité d'Amsterdam (en 1997, qui modifie le traité sur l'Union européenne de 1992, ci-après TUE), le respect des droits de l'homme est devenu une condition officielle de l'adhésion à l'Union. Ce traité a institutionnalisé un critère politique de l'adhésion par une référence expresse aux principes : « l'Union européenne est fondée sur les principes de liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'État de droit ». Il s'agit d'une codification de la pratique antérieure, mais aussi d'un investissement de précaution pour l'avenir de manière à faire face aux nouvelles demandes d'adhésion, notamment celle de la Turquie. De plus, le traité d'Amsterdam innove en établissant un mécanisme de sanctions contre un État membre qui ne respecterait pas les droits de l'homme. Après constatation de la violation « grave et persis-

---

<sup>35</sup> J. CHEVALIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in C.-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 39.

<sup>36</sup> D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 505.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 504.

tante » par les chefs d'État et de gouvernement, sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission, après avis conforme du Parlement européen, le Conseil peut décider à la majorité qualifiée de suspendre certains droits de cet État, y compris ses droits de vote au Conseil. L'article 7 du TUE prévoit ainsi un mécanisme de protection des valeurs communes énoncées à l'article 2 du TUE.

L'absence de déclaration des droits dans le corpus communautaire a été pendant longtemps une question récurrente de l'agenda européen : avec le traité sur l'Union européenne, les acquis de la jurisprudence sont intégrés, mais c'est surtout après le traité d'Amsterdam et le refus des gouvernements des États membres de donner suite aux propositions de certains d'entre eux d'introduire une clause permettant l'adhésion à la Convention européenne que va naître l'idée, sous l'impulsion de l'Allemagne, d'élaborer un catalogue des droits fondamentaux propre à l'Union européenne. C'est chose faite avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000), qui a force juridique contraignante (article 6, alinéa 1 TUE) depuis la ratification du traité de Lisbonne (2009). Pendant ce temps, la Cour européenne de justice avait compensé l'absence de catalogue en faisant appel aux traditions constitutionnelles communes : dès 1969, elle qualifie les droits fondamentaux de « patrimoine commun aux États membres » (arrêt *Stauder* du 12 novembre 1969). Surtout, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, elle reconnaît que « le respect des droits fondamentaux fait partie des principes généraux du droit dont elle assure le respect » et que « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (arrêt du 17 décembre 1970). La Cour de justice voulait assurer le respect des droits pour éviter de voir les juridictions nationales écarter le droit communautaire au motif qu'il serait jugé incompatible avec les libertés au mépris de la primauté du droit communautaire. Mais sur quelle base la Cour pouvait-elle assurer une telle protection ? Elle trouve une telle base en faisant appel aux « traditions constitutionnelles communes ». Dans l'arrêt *Nold* du 14 mai 1974, la Cour de Luxembourg a apporté des précisions sur le mécanisme de détermination du contenu concret des droits fondamentaux : le recours à la Convention européenne des droits de l'homme a été privilégié et, en outre, elle a indiqué qu'elle est « tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes des États membres ». La Cour de justice dispose aussi d'un instrument procédural privilégié pour faciliter la coopération et la convergence avec les juges nationaux. Il s'agit du renvoi préjudiciel. Les juridictions nationales des États membres peuvent demander à la Cour la signification d'une partie du droit communautaire. La Cour donne alors son interprétation, qui sera à la disposition de la juridiction nationale demandeuse, sans pouvoir juger l'affaire elle-même. Cette voie de recours favorise un mouvement circulaire entre les droits nationaux et le droit communautaire. Ainsi, les constitutions nationales sont une source d'inspiration pour le juge communautaire. Mais il est l'interprète exclusif et garant de l'ordre juridique communautaire et utilise donc les traditions constitutionnelles communes de manière à tisser un lien avec les ordres juridiques internes tout en se réappropriant le patrimoine constitutionnel commun conformément aux objectifs poursuivis par l'ordre juridique communautaire.

La comparaison ne sert donc pas nécessairement à mettre en lumière des convergences entre les droits nationaux des États membres. Elle permet aussi de faciliter la réception, dans le droit communautaire, de solutions nationales sûres et convaincantes, même si elles sont singulières, comme, par exemple, le principe de proportionnalité (venu du droit allemand)<sup>38</sup>. Dans ce contexte, l'instrument comparatif est aussi et surtout une technique de réconciliation des systèmes juridiques et donc de légitimation du droit en formation. Sur la base de l'action conjuguée des cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg, la doctrine en Europe, notamment française et italienne, parle de « patrimoine constitutionnel commun » et sa reconstruction repose sur deux piliers : les droits fondamentaux et les principes organisationnels des pouvoirs publics<sup>39</sup>.

Cette brève reconstruction des éléments constitutifs du discours de l'europanisation du droit constitutionnel permet de formuler la question suivante : peut-on concevoir la convergence des droits constitutionnels de la même manière en dehors de l'Europe ? Avant même de traiter cette question, il faut toutefois souligner que le discours de la convergence ne va pas de soi en Europe : il appelle des nuances, voire des réserves. Face à la force de pénétration des droits communautaire et européen, les juges nationaux sont devenus les gardiens des ordres juridiques internes. Ils cherchent à préserver l'autonomie des ordres juridiques. Cela implique tout d'abord la préservation de la constitution nationale ou, du moins, de certains principes qui sont dégagés par les cours constitutionnelles comme étant en quelque sorte le noyau dur de tout le système juridique : le respect des droits fondamentaux pour le juge constitutionnel allemand ou bien les « conditions essentielles de la souveraineté » pour le Conseil constitutionnel français, qui, désormais, préfère se référer à « l'identité constitutionnelle de la France<sup>40</sup> ». Seuls quelques éléments fort connus sont ici rappelés pour mettre en évidence que certains domaines ne sont pas absorbés par le processus d'intégration européenne et qui, par conséquent, échappent à l'europanisation. Le cas britannique, bien avant le Brexit, et la thématique de la renationalisation des droits illustrent aussi cette résistance<sup>41</sup>. Converger

---

<sup>38</sup> P. PESCATORE, « Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *R.I.D.C.*, 2-1980, p. 354. Voir aussi K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *R. T. D. E.*, 2001, p. 487.

<sup>39</sup> Actes du colloque tenu à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996, *Le patrimoine constitutionnel européen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997 ; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologne, Il Mulino, 2002, p. 29.

<sup>40</sup> L'émergence de « l'identité constitutionnelle de la France » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel correspond à sa désormais célèbre décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006 (confirmée par les décisions n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 et n° 2010-605 DC du 12 mai 2010) laquelle a donné lieu à nombreux développements doctrinaux. Voir pour la richesse du débat en langue française : M. FATIN-ROUGE STÉFANINI *e. a.* (dir.), *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quel sens, quelles fonctions ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015. Pour une discussion sur la notion dans une perspective américaine, voir G. JACOBSON, *Constitutional Identity*, Harvard, Harvard University Press, 2010.



constitutionnellement ne signifie pas uniformiser les systèmes constitutionnels.

La question mérite dès lors d'être reformulée et précisée pour progresser dans le raisonnement : peut-on voir l'Europe comme modèle d'intégration pour le reste du monde ? Il s'impose d'emblée que le discours de la convergence ne peut pas reposer exclusivement sur la justice constitutionnelle et la protection des droits et libertés. Le volet institutionnel est laissé dans l'ombre excepté, tout de même, de l'aspect juridictionnel, en raison de la place majeure des juges et de ses conséquences sur le principe de la séparation des pouvoirs. Ce volet est plus exactement traité par les internationalistes<sup>42</sup> en termes de « gouvernance » dont la promotion est assurée par la Banque mondiale et les institutions onusiennes depuis la fin des années 1980. Si la question donne l'impression d'être évacuée, c'est sans doute parce qu'elle est susceptible de soulever des difficultés auxquelles la théorie constitutionnelle n'apporte que difficilement des réponses.

Comment ne pas voir que le pouvoir a migré en dehors des constitutions nationales lorsque la décision politique est prise en dehors de l'État et de ses institutions (en particulier en matière financière et même monétaire) ? La perspective adoptée pour aborder cette question peut être double. Observée de l'intérieur des démocraties, sa formulation devient d'une part la suivante : les constitutions nationales sont-elles encore en mesure d'exercer leur fonction de limitation alors que le pouvoir a migré ? Les frontières définissant le territoire national constituent l'élément de base sur lequel les individus sont admis ou exclus à la participation des décisions qui les regardent. En outre, si la loi démocratique de la majorité ne produit sa légitimité que dans le cadre national, peut-on envisager que le principe majoritaire puisse s'appliquer « hors du cadre national » ou, selon les termes du Doyen Vedel, « une démocratie non nationale peut-elle être légitime<sup>43</sup> » ? L'Europe, de toute évidence, n'a toujours pas trouvé de réponse solide à ce dilemme, comme le montre notamment le résultat du référendum britannique de juin 2016. Si le problème est, en revanche, observé de manière décentrée en se plaçant du côté des institutions européennes, se pose la question du respect des valeurs énoncées à l'article 2 du TUE que les États membres de l'Union européenne se sont précisément engagés à respecter. Actuellement, les États hongrois et polonais mettent en tension l'autonomie constitutionnelle des États membres avec les principes de coopération loyale (article 4, alinéa 2 du TUE) et de reconnaissance mutuelle (articles 81 et 82 du traité FUE). La Hongrie et, désormais, la Pologne sont à l'origine d'un conflit constitutionnel qui a pour objet la captation des moyens constitution-

---

<sup>41</sup> Cette thématique repose sur la contestation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier sa jurisprudence relative aux droits de vote des détenus : *D.H. McHugh c. RU*, 10 février 2015 (1<sup>ère</sup> condamnation du Royaume-Uni avec l'affaire Hirst en 2005).

<sup>42</sup> P. ALSTON, « The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization », *E.J.I.L.*, 1997, p. 135 qui appelle à y réfléchir sans perdre de temps, en particulier, sur le rôle accru des acteurs privés, le besoin d'État et de nouveaux principes (transparence, participation et *accountability*).

<sup>43</sup> In « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 30.

nels de limitation du pouvoir par la majorité politique qui gouverne<sup>44</sup>. Le risque pour l'Union est de voir se propager le non-respect des valeurs de l'article 2 qui constitue son fondement<sup>45</sup>. Le danger est donc de saper de l'intérieur les pays porteurs du libéralisme politique par le déploiement des démocraties dites illibérales<sup>46</sup> face auquel l'Union européenne semble bien désemparée en raison de la nature politique du conflit<sup>47</sup>. Celui-ci porte sur l'interprétation de la constitution nationale : l'identité de l'ordre constitutionnel est en jeu et, partant, le principe de légitimité politique qui fonde la constitution. L'occultation de la dimension politique de la constitution depuis l'après Première Guerre mondiale n'est sans doute pas étrangère à cette crise dans le cadre de la construction européenne, qu'on la conçoive comme conséquence d'une Europe sans histoire et sans communauté politique, ou comme conséquence d'une Europe imposée plutôt que choisie (l'élargissement de 2004 constituant probablement une étape « de trop », franchie sans le consentement formel des peuples européens). Ces explications ne sont certainement pas exclusives l'une de l'autre.

Il serait naïf de croire qu'une méthode, même rigoureuse, puisse prétendre éliminer les conflits constitutionnels, mais elle peut les prévenir en éclairant les côtés obscurs du constitutionnalisme global<sup>48</sup>. Les réserves émises ici portent sur la sous-évaluation des différences culturelles des systèmes constitutionnels et non sur la convergence elle-même : sans douter de la convergence des droits, on peut tout aussi légitimement supposer qu'elle ne conduit pas à la suppression des différences culturelles sur lesquelles reposent les systèmes constitutionnels. C'est pourquoi les fondements méthodologiques de la thèse de la convergence méritent d'être interrogés.

---

<sup>44</sup> Sur le cas hongrois, voir M.-C. PONTHEAU, « De la constitution invisible à la constitution évanescence. La Loi fondamentale de la Hongrie à la lumière des expériences européennes », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 525. Dans le contexte européen, le cas turc est aussi à insérer dans cette régression qui conduit des démocraties constitutionnelles fragiles à une dégénérescence constitutionnelle : avant le coup d'État du 15 juillet 2016, voir A. ACAR, « De-constitutionalism in Turkey », *Int'l J. Const. L. Blog*, 19 mai 2016, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.iconnectblog.com/2016/05/deconstitutionalism-in-Turkey>

<sup>45</sup> Sur les réponses possibles des institutions européennes face à la régression démocratique, voir L. PECH, K.L. SCHEPPELE, « Illiberalism Within : Rule of Law Blacksliding in the European Union », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018 (à paraître), disponible en ligne à l'adresse : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3009280](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009280)

<sup>46</sup> F. ZAKARIA, « The Rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs*, vol. 76, 1997, p. 22 ; A.Z. HUQ, T. GINSBURG, « How to lose a Constitutional Democracy », *UCLA Law Review*, vol. 65, 2018, disponible en ligne à l'adresse : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2901776](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901776)

<sup>47</sup> Sur la nature politique du conflit constitutionnel, voir J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, PUR, 2010.

<sup>48</sup> En ce sens, voir R. UITZ, « Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary », *I-CON*, vol. 13, 1/2015, p. 279. Néanmoins, un trop grand optimisme n'est sans doute pas de bon aloi. Il est plus raisonnable d'envisager un rôle de dénonciation de l'utilisation frauduleuse du comparatisme par les instances gouvernementales des démocraties illibérales.

## II. LES SOUBASSEMENTS MÉTHODOLOGIQUES DE LA THÈSE DE LA CONVERGENCE DES DROITS CONSTITUTIONNELS

Le discours de la convergence se fonde sur une analyse de type macro-comparative qui vise le plus grand nombre de constitutions ou de décisions constitutionnelles possibles (1). Sa portée horizontale est adaptée au phénomène global, mais elle perd en profondeur ce qu'elle gagne en extension. Elle s'adosse sur deux méthodes qui renforcent cette perte : d'une part, l'approche juridique formelle et, d'autre part, l'approche quantitative (2).

### 2.1. La macro-comparaison constitutionnelle

Il est marquant que la macro-comparaison soit pratiquée par tous les agents de la globalisation, parmi lesquels les juges jouent indéniablement le premier rôle. La pratique de la citation des solutions étrangères par les juges constitutionnels montre bien que les décisions étrangères sont utilisées comme points de repères dans un monde juridique élargi. Autrement dit, il s'agit de donner un cadre de référence global en listant les décisions étrangères déjà rendues sur une même question – ainsi du mariage entre personnes de même sexe. Cet usage est le plus fréquent, en particulier parmi les juridictions de *common law*. Il correspond à l'inscription de la décision à rendre dans un contexte plus large que le cadre national par l'examen de ce qui a été fait ailleurs, mais sans qu'il s'agisse nécessairement de suivre ce qui a déjà été fait et, donc, sans discuter ces précédents. Ils sont plutôt présentés comme des sources d'inspiration en vue de l'interprétation de la constitution nationale. L'objectif poursuivi est de faire savoir que la cour est consciente qu'elle n'est pas la seule à devoir trancher le problème auquel elle est confrontée, en particulier s'il s'agit d'un cas difficile et/ou nouveau en matière de protection des droits. Sinon, elle préfère dresser le panorama de ses propres précédents. L'histoire de la juridiction et la tradition juridique à laquelle elle appartient déterminent en partie la fréquence de cet usage. Généralement, les précédents sont présentés de manière synthétique, voire sans référence précise. Il arrive qu'ils soient intégrés dans le raisonnement final qui conduit la cour à déterminer sa propre décision. La démarche des juges peut être dès lors plus approfondie : le précédent étranger (car alors il ne s'agit plus d'un panorama de décisions étrangères mais d'un nombre limité de précédents) est discuté aussi bien dans la décision majoritaire que dans les opinions séparées. L'intégration du cas étranger dans le raisonnement de la cour conduit alors à le resituer dans le contexte jurisprudentiel d'origine et à le confronter aux précédents internes. Par exemple, quand la Cour suprême d'Irlande prend ce chemin, elle veille à sélectionner des précédents appartenant à la même tradition, car elle peut être amenée à importer une solution étrangère<sup>49</sup> que, le plus souvent, elle se réappropriera. Rares sont toutefois les cours qui discutent systématiquement les précédents étrangers<sup>50</sup>. Cette dernière démarche a été en effet détectée dans la pratique de la

---

<sup>49</sup> Ainsi, la Cour suprême d'Irlande a-t-elle importé le test de proportionnalité établi par la Cour suprême du Canada (*R v Oakes* (1986) 1 SCR 103) : *Heaney v Ireland* (1994) 3 IR 593.

<sup>50</sup> Certains jugent s'expliquent sur les risques que représente un « comparatisme superficiel » : voir en particulier l'opinion du Justice O'Regan de la Cour constitutionnelle

Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud et, dans une moindre mesure, les Cours suprêmes du Canada et de l’Inde s’y prêtent également. Le rapprochement des affaires est donc habituellement de nature purement formelle<sup>51</sup>.

La manière de procéder des juges a été en partie reprise par les universitaires, qui, par mimétisme, ont reproduit cette démarche visant tout d’abord à montrer la similitude des problèmes à traiter, mais – répétons-le – sans que cela conduise nécessairement à la similitude des solutions juridiques adoptées. La fusion des approches s’explique aisément par l’absence de séparation étanche entre ces acteurs du constitutionnalisme global et la doctrine : par exemple, Sabino Cassese, universitaire et aujourd’hui ancien juge de la Cour constitutionnelle italienne, est l’un des promoteurs du *Global (Administrative) Law*<sup>52</sup>.

L’approche macro-comparative est aussi l’instrument privilégié par la Commission pour la démocratie par le droit (plus connue comme « Commission de Venise ») pour mener à bien ses expertises en matière constitutionnelle. Les experts s’appuient sur des standards européens (*rule of law, human rights, democracy*) ou des catégories générales telles que le patrimoine constitutionnel commun. Créée par le Conseil de l’Europe après la Chute du Mur de Berlin pour aider les pays d’Europe centrale et orientale à réaliser la transition démocratique, la Commission de Venise a toutefois connu depuis lors une expansion géographique remarquable, qui la conduit à agir bien au-delà de l’Europe. On peut désormais faire le tour du monde en consultant la liste de ses actuels membres à part entière, puisque la Commission est passée de dix-huit pays de l’Europe occidentale en 1990 à soixante membres du monde entier, dont le Chili, devenu membre en 2005, la Corée du Sud en 2006, Israël en 2008, la Tunisie en 2010, le Kazakhstan en 2012 et les États-Unis en 2013. La Commission est appelée à donner ses conseils en ingénierie constitutionnelle en formulant des avis, qui portent le plus souvent sur les réformes constitutionnelles entreprises par ses membres. La superficialité des analyses ne tient pas uniquement à l’absence d’étude de cas et à la promotion de standards généraux, mais aussi à la prédominance de rapporteurs provenant de l’Europe occidentale, alors que les avis portent le plus souvent sur de « jeunes démocraties ». Une forme de néo-colonialisme est toujours à craindre, en particulier en l’absence de connaissance réelle du contexte sociopolitique dans lequel s’inscrivent les réformes constitutionnelles<sup>53</sup>.

---

d’Afrique du Sud, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] 3 SA 786 (CC) 35 ; voir aussi l’opinion de Justice Macken de la Cour suprême d’Irlande, *Pól O Murchú v An Taoiseach* (2010) IEHC 26, ou celle de Justice Wilson de la Cour suprême du Canada, *Lavigne v Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 SCR 211.

<sup>51</sup> Pour plus de détails sur la citation des solutions constitutionnelles étrangères : T. GROPPI, M.-C. PONTHEAU (dir.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013.

<sup>52</sup> Voir notamment, S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Rome-Bari, Laterza, 2002 et S. CASSESE (dir.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2016.

<sup>53</sup> Pour une étude détaillée et critique du rôle joué par la Commission de Venise : M. DE VISSER, « A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform », *Am. J. Comp. Law*, n° 63, 2015, p. 963. Un point de

L'approche macro-comparative ne conduit pas à nier les différences, mais à les gommer. Pour prendre en compte un grand nombre de systèmes constitutionnels, les modèles ou les catégories générales telles que le patrimoine constitutionnel commun sont privilégiés. Or, ils n'ont pas une consistance suffisante : ils sont des points de repères utiles, mais une représentation simplifiée de la réalité juridique qu'ils veulent traduire. Les modèles sans les cultures constitutionnelles sont vides et formels, alors qu'accompagnés des cultures constitutionnelles, ils pourraient être pénétrants et clairvoyants. Mettre en évidence les différences et donc faire la différence n'est pas au cœur des approches formelle et quantitative qui renforcent au contraire le rapprochement superficiel des textes constitutionnels.

## 2.2. Les approches formelle et quantitative des constitutions et en particulier des catalogues des droits

En droit des libertés, plusieurs notions sont employées, mais deux d'entre elles sont les plus fréquentes : d'une part, les « droits de l'homme » et, d'autre part, les « droits fondamentaux ». On remarque toutefois que les anglo-américains ignorent cette dernière notion. Les Anglais utilisent les locutions « *human rights* » (dimension internationale de la matière) et « *civil liberties* » (équivalent de « libertés publiques »). L'influence du droit communautaire des droits fondamentaux (de la jurisprudence la Cour européenne de Justice à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) a toutefois conduit à l'introduction de la notion de « *fundamental rights* » dans le droit et la doctrine d'Outre-manche. Les Américains ajoutent à ces notions celle de « *constitutional rights* » (dimension constitutionnelle). Les notions sont donc en partie liées aux sources textuelles de reconnaissance des droits. En France, la notion la plus prégnante, à côté de celle de « droits de l'homme », a été néanmoins celle de « libertés publiques », et cela jusqu'à l'importation de la notion allemande de « droits fondamentaux »<sup>54</sup>. La reconnaissance des droits est le résultat d'un processus historique différencié selon les ordres juridiques, mais la formulation en des termes généraux et le manque d'unité favorisé par la confusion sémantique entre les notions accentuent le potentiel d'universalité formelle des droits constitutionnels.

Dans le contexte global, la tentation est dès lors grande de (dé)montrer la proximité formelle des constitutions par un rapprochement des catalogues des droits. C'est la démarche adoptée par David Law et Mila Versteeg, et présentée dans l'article précité : « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism ». Les auteurs visent à s'écarter de la voie la plus fréquentée par les universitaires américains, celle de l'interprétation constitution-

---

vue plus positif ressort d'une autre analyse centrée sur les avis rendus sur la Roumanie et la Hongrie : l'action de la Commission de Venise, de plus en plus citée, dépend néanmoins des décisions prises par les institutions européennes pour faire respecter les valeurs inscrites à l'article 2 du TUE : J. NERGELIUS, « The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania », in A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (dir.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, C.H. BECK-Hart-Nomos, 2015, p. 291.

<sup>54</sup> P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *R.U.D.H.*, 2004, p. 40

nelle et, pour ce faire, de la question du recours aux précédents étrangers, afin de rendre compte d'une pratique globale qui ne regarde pas exclusivement le travail des juges, mais aussi l'élaboration des constitutions. C'est également, pour eux, une manière de répondre au défi formulé par Bruce Ackerman, peu confiant dans les études quantitatives en raison d'une diffusion limitée du constitutionnalisme et d'un trop grand nombre de variables à maîtriser<sup>55</sup>. Les auteurs mettent ainsi en lumière un « constitutionnalisme global formel<sup>56</sup> ». Puisqu'un grand nombre de droits constitutionnels sont « génériques », certains d'entre eux ont été retrouvés dans pas moins de 97 % des constitutions en vigueur en 2006 : la liberté de religion, la liberté d'expression, le droit de propriété et le principe d'égalité<sup>57</sup>. Les auteurs rapprochent même les catalogues des Constitutions luxembourgeoise et nord-coréenne pour en souligner les similarités formelles, lesquelles sautent aux yeux, notamment concernant les droits des travailleurs et le droit de propriété.

Toutefois, cette analyse ne repose sur aucun effort comparatif et même appauvrit la comparaison, puisque les catalogues des droits en eux-mêmes ne disent que très peu de la réalité constitutionnelle et, en particulier, de l'effectivité des garanties des droits, malgré la reconnaissance de différentes formes de contrôle de constitutionnalité (laquelle a nettement progressé depuis 1946, en passant d'une présence de 25 % à 82 % des constitutions en 2006, sans compter les développements non formels comme pour les États-Unis<sup>58</sup>). La formulation des droits est certes un indicateur précieux sur leur degré de justiciabilité. Néanmoins, l'essentiel pour les droits n'est pas tant d'être reconnus que garantis, c'est-à-dire qu'une fois consacrés il appartient aux juges, au nom de la concrétisation de la constitution, d'assurer leur respect, notamment en évitant que, sous couvert de son pouvoir discrétionnaire, le législateur ne fasse rien et, ainsi, vide de tout sens la constitution. Plus généralement, l'approche formelle des constitutions déracine les concepts contenus dans celles-ci. On ne sait pas d'où ils viennent, on ne connaît pas leur histoire. On croit reconnaître le même droit derrière les mêmes mots, alors qu'il appartient, pourtant, au comparatiste de révéler les hiatus implicites. À titre illustratif, on peut, sans même discuter des divergences de traitement des libertés entre régime libéral et régime autoritaire, rappeler un exemple bien connu : la liberté d'expression n'est pas conçue et protégée de la même manière aux États-Unis et en Europe<sup>59</sup>. En contrepartie d'une certaine forme de réductionnisme, l'approche formelle accompagnée d'une démarche quantitative autorise le traitement d'un grand nombre de constitutions et l'évaluation quantitative de l'exhaustivité des catalogues des droits,

---

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 775.

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 1170.

<sup>57</sup> Ce sont les quatre droits les plus fréquemment formulés dans les catalogues constitutionnels : *ibid.*, p. 1200.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 1199.

<sup>59</sup> Voir par exemple, G. HAARSCHER, « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », in J. ALLARD *e. a.* (dir.), *Juger les droits de l'homme. Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 139.

même si les résultats sont sans surprise : les auteurs mettent en avant la tendance à l'augmentation du nombre de droits reconnus dans les catalogues constitutionnels depuis 1946. Quantifier rend compte de la perception de la diffusion des droits, mais n'explique pas les raisons de cette prolifération.

David Law et Mila Versteeg dégagent également un critère de classification des constitutions qui leur permet de les ranger dans deux groupes idéologiques : l'un libéral et l'autre étatiste. Dans cette dernière catégorie sont néanmoins classées des constitutions qui relèvent d'un mélange de régime autoritaire, de systèmes socialo-communistes et des États providences européens. Conscients des contextes très différents dans lesquels s'appliquent les constitutions du Luxembourg et de la Corée du Nord, le rapprochement est malgré tout réaffirmé, ce qui tient à la formulation générique des droits. À la fin de leur étude, les auteurs conviennent néanmoins de la nécessité de créer des sous-groupes pour distinguer notamment les constitutions<sup>60</sup> et accentuer la convergence au sein d'une même famille. Les auteurs reconnaissent enfin les faiblesses et les questions restées sans réponse par leur travail, tout en défendant les études empiriques et quantitatives dans un contexte de pluralisme méthodologique.

Si le point de départ de l'article paraît tout à fait pertinent, à savoir que la thèse de la globalisation du droit constitutionnel repose sur un principal et unique argument (la citation des précédents étrangers par les juges) – dont la consistance n'a d'ailleurs pas été vérifiée à l'époque par une étude empirique<sup>61</sup> –, la démarche proposée n'en soulève pas moins deux objections supplémentaires, qui se veulent plus générales et radicales que celles dégagées précédemment en ce qu'elles s'inscrivent dans le débat épistémologique et méthodologique qui traverse le droit comparé (constitutionnel) depuis le début des années 2000.

Les auteurs sont en quelque sorte rattrapés par le perspectivisme américain auquel ils cherchaient initialement à échapper. L'application du critère de classification des constitutions fait pleinement ressortir un biais cognitif. Aucun juriste européen n'oserait réunir dans une même catégorie les Constitutions du Luxembourg et de la Corée du Nord. Le biais cognitif est la traduction d'un nationalisme méthodologique. Les géographes parlent même de « territorialisme méthodologique<sup>62</sup> ». Cette terminologie est encore plus parlante que celle de nationalisme méthodologique, puisqu'elle met l'accent sur l'excès de concentration du territoire comme unité d'analyse spatiale. Le *global lawyer* s'en est indubitablement émancipé. En revanche, cette étude montre qu'il n'échappe pas à la manière nationale d'aborder les questions juridiques, puisque, en droit, la part du construit est beaucoup plus grande que celle du donné : les concepts reposent sur des précompréhensions elles-

---

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p.1246.

<sup>61</sup> Voir notre étude collective précitée qui a participé à résorber cette lacune et en particulier l'introduction d'ordre méthodologique : T. GROUPI, M.-C. PONTHEAU, « The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication », in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>62</sup> J.A. SCHOLTE, *Globalization: A Critical Introduction*, 2<sup>e</sup> édition, New York, Palgrave Macmillan, 2005.

mêmes fondées sur des valeurs, croyances et pratiques culturelles diverses. Cela s'applique sans nul doute aux notions de « constitution » et de « droits constitutionnels ». Or, parmi ces derniers, la catégorie des droits sociaux est indéniablement la plus malaisée à saisir en raison de multiples facteurs qui jouent dans leur formulation. Si ces droits ne sont pas pensés et conçus de la même manière selon les systèmes constitutionnels, cela tient toutefois, principalement et de manière profonde, aux fonctions attribuées à l'État. Or, l'existence d'un État social a été rendue difficile aussi bien aux États-Unis qu'au Royaume-Uni en raison de la tradition du libéralisme politique et économique<sup>63</sup>. Au contraire, dans la théorie de l'État socialiste, les droits sociaux jouaient un rôle idéologique important. Les anciens régimes communistes prétendaient satisfaire les besoins sociaux de manière plus efficace et égalitaire que ne le faisaient les pays capitalistes. Les droits sociaux ont été conservés dans les nouvelles constitutions des pays de l'Europe centrale et orientale, mais les généreux catalogues de droits contiennent avant tout des objectifs qui exigent de l'État des mesures législatives. Ces textes expriment cependant une certaine attention aux droits de catégories spécifiques de sujets (mineurs, handicapés, personnes âgées, travailleurs étrangers) qui ne figurent pas, le plus souvent, dans d'autres constitutions européennes néanmoins marquées par les avancées sociales à partir du XIX<sup>e</sup> siècle et le bien-être économique de l'après Seconde Guerre mondiale. En s'en tenant en revanche à un critère nominal, les droits sociaux reconnus par les constitutions européennes paraissent assimilables à ceux que l'on trouve dans la constitution d'un État totalitaire fondé sur une idéologie stalinienne. Faute d'une mise à distance des questions spécifiquement américaines, la représentation extra-large offerte perd donc de sa pertinence et même échoue à donner une vision convaincante : la catégorie « constitution étatiste » est construite sur une conception trop marquée par l'idéologie libérale et l'héritage de *common law*, qui amène ces auteurs à séparer grossièrement en distinguant, d'un côté, les États-Unis et les pays de Commonwealth et, de l'autre, le reste du monde<sup>64</sup>.

Cette objection ne conduit néanmoins pas à disqualifier les méthodes quantitatives. Elles ont leur place dans le contexte global : puisque la globalisation est un phénomène visible et tentaculaire, notamment en raison de l'intensification et l'accélération des échanges, c'est aussi une question de quantité, voire quantifiable. Si, épistémologiquement, ce choix est justifié, cela suppose d'un point de vue méthodologique de réfléchir à l'utilisation des méthodes quantitatives et, donc, plus généralement, au pluralisme méthodologique<sup>65</sup>. Ce dernier ne signifie pas une juxtaposition de méthodes (comme semblent le suggérer David Law et Mila Versteeg), mais une articulation de celles-ci pour une meilleure compréhension de l'objet étudié. Assurément, les méthodes quantitatives peuvent être utiles pour sélectionner les cas à étudier en vue d'une étude comparative plus approfondie. Leur utilisation appelle toutefois à la prudence, le chercheur en droit ne devant pas

---

<sup>63</sup> G. KATROUGALOS, « European “Social States” and the USA: An Ocean Apart? », *European Constitutional Law Review*, n° 4, 2008, p. 236.

<sup>64</sup> Voir les tableaux présentés aux pages 1228 et 1230 de l'article précité.

<sup>65</sup> M.-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 203.



négliger de contextualiser les données quantitatives en vue d'une analyse qualitative. Elles n'en prennent pas moins, au cours de ces dernières années, une place sans cesse grandissante au sein des études (constitutionnelles) comparatives<sup>66</sup>, en particulier sous l'impulsion des constitutionnalistes nord-américains issus de la science politique<sup>67</sup>, qui voient en elles « la nouvelle frontière méthodologique du droit (constitutionnel) comparé<sup>68</sup> » : une autre manière de pratiquer la comparaison détachée du contexte national (langue, système juridique pris dans son ensemble, culture) dans lequel les normes juridiques s'enracinent.

Au contraire, le comparatisme critique met l'accent sur le cadre des perceptions et de compréhension de chaque communauté juridique de manière à expliquer comment les différentes communautés conçoivent le droit : ce qui conduit à insister sur la nécessité de tenir compte de la langue, des institutions, des concepts, des valeurs et pratiques juridiques sur lesquels s'articule chaque norme. Dans le nouveau cadre cognitif que dessine la globalisation, le comparatisme peut jouer un rôle de contrepoids face aux tendances à l'uniformisation portées par le discours global. Plus spécifiquement, la contextualisation, qui met l'accent sur les aspects culturels du droit, se présente comme une sorte de contre-feu à l'homogénéisation de type occidental. Loin de la figure de la science auxiliaire répandue dans l'ancien monde westphalien, le droit comparé est aujourd'hui incontournable, car il offre des concepts et des instruments pour comprendre le constitutionnalisme global en évitant d'aplatir la réalité constitutionnelle et en donnant à la théorie constitutionnelle une base empirique.

### III. LE COMPARATISME CRITIQUE COMME CONTREPOIDS AU CONSTITUTIONNALISME GLOBAL

La perspective globale montre, d'un côté, que des changements sont en cours. De l'autre, le droit constitutionnel reste « essentiellement national, situé dans un cadre territorial donné et axé sur les normes fondamentales d'un État concret<sup>69</sup> ». La résilience des systèmes juridiques nationaux n'est pas à sous-estimer, mais ce n'est pas pour autant une raison pour penser comme avant et faire comme si de rien. Rendre possible un débat et ne pas clore les échanges suppose de raisonner à partir d'une version modérée du constitutionnalisme global, en particulier celle défendue par Anne Peters :

Une lecture constitutionnelle “modérée” n'implique d'aucune manière

---

<sup>66</sup> M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 117.

<sup>67</sup> R. HISCHL, « On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law », in *The Migration of Constitutional Ideas*, op. cit., p. 47. Voir aussi l'éditorial de Ran HIRSCHL, « From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies », *I-CON*, 1/2013, p. 1 et Z. ELKINS, T. GINSBURG, J. MELTON (dir.), *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

<sup>68</sup> A. MEUWESE, M. VERSTEEG, « Quantitative methods for comparative constitutional law » in M. ADAMS, J. BOMHOFF (dir.), *Practice and Theory of Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 255.

<sup>69</sup> A. AUER e. a., *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, Stampfi, 2006, p. 10-11.

une constitution mondiale cohérente et uniforme, ni même — c'est certain — un État global. L'idée n'est pas de créer un gouvernement centralisé et global mais de constitutionaliser une gouvernance multi-niveaux, globale et polyarchique. Ce projet doit en effet prendre en compte plus largement les besoins et les intérêts des pays en voie de développement et leurs populations<sup>70</sup>.

De son côté, le constitutionnaliste optera également pour une version modérée du comparatisme<sup>71</sup> : cette voie médiane peut être tracée à partir d'une approche culturelle du droit contenue (1) qui interroge le conformisme constitutionnel porté par le discours global (2).

### 3.1. *Ne pas exagérer l'approche culturelle du droit constitutionnel*

Les enseignements de Montesquieu semblent toujours actuels et adaptés aux défis d'aujourd'hui : « ne pas regarder comme semblables des cas réellement différents ; et ne pas manquer les différences de ceux qui paraissent semblables » (*De l'esprit des lois*, préface.). Contrairement à la comparaison intégrative qui vise à démontrer la convergence des droits, la comparaison différentielle repose essentiellement sur les notions de « tradition » et de « culture ». Ces deux notions sont désormais centrales (sans être prépondérantes) dans les études comparatives. Le plus souvent, elles sont indifféremment utilisées. Aussi bien les cultures que les traditions juridiques renvoient à un ensemble complexe d'éléments enracinés, historiquement conditionnés, qui concernent la nature du droit, le rôle du droit dans la société et dans l'organisation politique, ainsi que le fonctionnement du système juridique et la manière dont le droit est ou devrait être créé, appliqué, étudié, perfectionné et enseigné. Néanmoins, lorsque l'on cherche à identifier une tradition juridique, cela « implique de dégager des traits signalant l'appartenance d'un droit à une communauté épistémologique donnée, au-delà de sa traduction nationale spécifique<sup>72</sup> ». Peut-être parce que plus attentifs aux racines historiques et culturelles du droit, les publicistes n'ont pas donné à la dichotomie entre tradition de *common law* et tradition civiliste une aussi grande importance que celle qui lui est accordée en droit privé<sup>73</sup>. La notion de « culture » semble plus appropriée : la culture est ce qui permet de marquer l'identité d'un système juridique et donc sa différence par rapport aux autres systèmes. Quoique souvent utilisée, la notion de « culture constitutionnelle » s'apparente généralement à une simple facilité d'exposition ou à une commodité explicative. Cette notion a été introduite

---

<sup>70</sup> A. PETERS, « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, 2/2009, p. 404.

<sup>71</sup> Cette proposition prend partiellement appui sur celle adoptée par P. Kahn : P. KAHN, « Comparative Constitutionalism in a New Key », *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, p. 2679 : « L'approche culturelle [du droit] est un antidote à l'idéal libéral de gouvernance mondiale ». Une version modérée du comparatisme évite toutefois de faire de tous les systèmes juridiques, des systèmes singuliers. Plus exactement, au-delà de leurs singularités, ce comparatisme prend avec soi aussi l'idée d'un droit constitutionnel commun, ce qui permet de ne pas amplifier la dimension culturelle du droit.

<sup>72</sup> D. FAIRGRIEVE, H. MUIR-WATT, *Common law et tradition civiliste*, Paris, PUF, Coll. « Les Notes » de la Mission Droit et Justice, 2006, p. 9.

<sup>73</sup> M.-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, op. cit., p. 129.

trop récemment pour être pleinement absorbée par les chercheurs en droit constitutionnel<sup>74</sup>, mais elle connaît un succès sans cesse grandissant<sup>75</sup>.

La notion est pourtant loin de s'imposer dans un paysage conceptuel touffu, notamment composé des notions suivantes : culture politique, tradition politique, tradition républicaine, coutume, rituel, mythe. La culture constitutionnelle a à voir avec chacune de ces notions concurrentes<sup>76</sup>, car elle cherche à toutes les englober. La constitution écrite ou non a pour objectif de s'inscrire dans le temps. Alors que la constitution coutumière est une sorte de cimentation de traditions et de pratiques, la constitution écrite compense par plusieurs artifices (tels que le préambule ou les symboles) en mesure de créer des liens avec le passé, mais aussi capables de projeter la communauté nationale dans le futur. La constitution elle-même n'est qu'une des sources possibles. La culture constitutionnelle émerge en effet sous d'autres formes, en particulier dans les discours politique, doctrinal et jurisprudentiel, *i. e.* la manière dont les citoyens, les gouvernants, les juristes et les juges s'approprient la constitution<sup>77</sup>.

À l'ère de la globalisation, les cultures (juridiques en général et constitutionnelles en particulier) sont moins perçues comme fermées et elles semblent plus marquées par l'hybridité que par l'uniformité. Cela n'en facilite d'ailleurs pas la compréhension. Le plus grand risque est de voir chacun y projeter ce qu'il souhaite. Pour l'éviter, il convient de préciser si l'on a recours à la culture comme instrument d'explication ou bien comme quelque chose à expliquer. Les difficultés à saisir les cultures juridiques en elles-mêmes, pour ce qu'elles sont, a notamment été soulignée par Vivian Grosswald Curran : « la lentille avec laquelle l'altérité est perçue, est elle-même culturellement contingente, plutôt qu'absolue et immuable<sup>78</sup> ». Les moyens pour parvenir à une connaissance en profondeur restent toutefois flous. Sauf à insister sur les différences, les auteurs se contentent d'appeler à un effort supplémentaire de contextualisation passant par une immersion à l'intérieur du système étranger étudié et une démarche interdisciplinaire<sup>79</sup>. Les comparatistes se divisent alors. Il y a, d'un côté, ceux qui acceptent l'effet de distorsion que comporte nécessairement toute approche d'une « autre » culture.

---

74 On peut citer principalement les travaux de P. Häberle dont « Zeit und Verfassungskultur », in A. PEISL et A. MOHLER, *Die Zeit*, Munich, Oldenbourg, 1983, p. 289 ; P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2<sup>e</sup> édition, 1998 ; le colloque de l'Institute of Public Affairs, M. WYRZYKOWSKI (dir.), *Constitutional Cultures*, Varsovie, Institute of Public Affairs, 2000.

75 Voir en particulier les travaux de G. Frankenberg : G. FRANKENBERG, « Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, Ideology-toward a Layered Narrative », *I-CON*, 3/2006, p. 439.

76 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 125.

77 B. SCHLINK, « German Constitution Culture in Transition », in M. ROSENFELD (dir.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives*, Durham-London, Duke University Press, 1994, p. 197.

78 V. GROSSWALD CURRAN, « Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives », *Am. J. Comp. Law*, n° 46, 1998, p. 667.

79 V. GROSSWALD CURRAN, « Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law », *Am. J. Comp. Law*, n° 46, 1998, p. 43 ; P. LEGRAND, « Au lieu de soi », in P. LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 11.

C'est tout compte fait pour eux le prix à payer pour une comparaison et donc pour une communication entre les différentes expériences juridiques. De l'autre côté, certains refusent cet effet de distorsion et soutiennent que, la comparaison parfaite étant impossible, mieux vaut se concentrer sur un droit étranger. Dans le débat sur l'europanisation et la question des greffes juridiques, cela a pu conduire certains à soutenir leur impossibilité<sup>80</sup>. Cependant, il n'a pas été démontré par les tenants de cette critique radicale, comme Pierre Legrand, que la convergence des droits signifie la suppression des différences, et on peut même douter de la pertinence d'une telle équation. Prendre avec soi la dimension culturelle du droit doit-il signifier l'incommunicabilité entre les systèmes juridiques en raison de leurs caractéristiques propres et de leur singularité ?

La querelle contemporaine entre comparatistes est excessive, voire obsessionnelle. L'objectif de la comparaison semble perdu de vue. En effet, celui-ci n'est-il pas d'apprendre de l'autre par les différences et non pas de saisir et de comprendre comme autre ? Mieux encore, ne s'agit-il pas de faire comprendre à l'autre ce qu'il ne perçoit pas consciemment<sup>81</sup> ? En dépit des difficultés mentionnées, rien n'empêche de s'interroger sur les spécificités culturelles, non tant pour expliquer les différences entre les systèmes juridiques par la culture<sup>82</sup>, que pour comprendre, dans le cadre de la globalisation, les problèmes auxquels les constitutionnalistes sont confrontés. Mais, il faut bien reconnaître que la notion de « culture constitutionnelle » reste en partie impénétrable. L'obstacle essentiel à prendre en compte tient aux caractéristiques des cultures constitutionnelles comme, d'ailleurs, s'agissant des cultures juridiques ou politiques : elles ne sont ni univoques, ni incontestables. Toutefois, l'étude des cultures constitutionnelles ne sont intéressantes qu'en ce qu'elles sont liées, comme le propose Günter Frankenberg<sup>83</sup>, à une autre manière d'étudier les constitutions. Leur intérêt tient au fait qu'elles permettent d'identifier et de structurer les problèmes auxquels les constitutionnalistes sont confrontés. Or, ces derniers doivent faire face à une perte de repère liée à la dilution des catégories traditionnelles de l'État-nation. Bien que la catégorie « culture » soit vague et indéterminée, elle ne l'est ni plus ni moins que celle de « globalisation ». Elle offre une base pour un débat certes controversé, mais qui rend possible de formuler une autre vision, voire plusieurs et donc des visions critiques du constitutionnalisme global. D'un point de vue épistémologique, l'idée d'une version alternative est en

---

<sup>80</sup> En particulier, P. LEGRAND, « The impossibility of Legal Transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 4, 1997, p. 111.

<sup>81</sup> J.Q. WHITMAN, « The Neo-Romantic Turn », in P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 312, en particulier p. 336.

<sup>82</sup> Cette option est certes possible et d'ailleurs fréquente. Il faut toutefois prendre garde à ne pas tomber dans la facilité en expliquant toutes les différences par la culture. De manière à éviter tout risque de circularité, l'approche culturelle devrait être articulée avec une démarche historique.

<sup>83</sup> G. FRANKENBERG, « Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, Ideology-toward a Layered Narrative », *op. cit.*, p. 439.

soi importante, car elle nourrit les échanges sur la réalité et ses représentations et contribue à leur connaissance.

### 3.2. *Mettre en question le conformisme constitutionnel*

Parmi les facteurs d'expansion du constitutionnalisme, il y a une conformité constitutionnelle portée par les institutions internationales : parce qu'il faut donner des gages aux investisseurs internationaux, les pays en voie de transition démocratique s'y conforment. Plus précisément, le triptyque « droits de l'homme – démocratie pluraliste – État de droit » constitue le sésame pour participer à de nombreuses organisations internationales telles que le Conseil de l'Europe, pour intégrer l'Union européenne ou encore pour bénéficier des aides de la Banque mondiale. Ce fait concourt ainsi au mimétisme qui pousse les États à se rallier au modèle libéral. Toutefois, l'adoption de ces standards ne signifie pas que leur sens ne change pas dans le cadre du processus de transfert. Autrement dit, il faut se méfier de la similarité des règles issues d'un tel processus et envisager une convergence des systèmes constitutionnels de manière plus subtile en distinguant selon les domaines d'application<sup>84</sup> : une convergence profonde n'est pas systématiquement exclue<sup>85</sup>, mais la convergence est en réalité bien souvent superficielle, en raison de différences d'ordre conceptuel enracinées dans une histoire nationale et, de manière plus large, à cause de spécificités culturelles.

La démonstration reposera sur deux exemples tirés des questions envisagées dans les développements précédents. Reprenons celle de la citation des décisions étrangères par les juges à travers le monde. Ce qui frappe le plus à propos de cette pratique tient à la fermeture des juridictions de *common law*. Elles restent entre elles : elles s'aventurent rarement en dehors de leur aire culturelle. Seules la Cour constitutionnelle sud-africaine et la Cour suprême canadienne semblent plus soucieuses d'offrir un large panel de citations (on observera que ce sont deux juridictions qui connaissent la mixité des droits). Depuis les travaux initiaux présentés par Anne-Marie Slaughter, la thèse de la communication trans-juridictionnelle (ou « dialogue des juges », selon la métaphore la plus répandue) repose en réalité sur un groupe de cours appartenant à la même famille et dont les réunions de famille restent fermées à ceux qui ne partagent pas les mêmes traits culturels, notamment la langue<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Cette proposition a déjà été formulée dans M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *op. cit.*, p. 25.

<sup>85</sup> Par exemple, à propos du principe de proportionnalité, Aharon Barak a pu avancer : « la proportionnalité a été largement reçue. Elle fait maintenant partie de nombreux systèmes juridiques. C'est une manifestation de la migration ou de la transplantation des droits. Car nous vivons aujourd'hui à l'ère de la proportionnalité » (A. BARAK, *Proportionality, Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 457).

<sup>86</sup> Je reprends ici la conclusion de notre ouvrage collectif précité : T. GROPPI, M.-C. PONTTHOREAU (dir.), « The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice. An Uncertain Future », in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, *op. cit.*, p. 411.

À présent, intéressons-nous au préambule de la nouvelle Constitution tunisienne de 2014. À la lecture de ce préambule, l’alinéa 3 retient l’attention : « Nous représentants du peuple tunisien [...], exprimant notre attachement à l’Islam et aux principes universels des droits de l’homme ». Cet alinéa pose la question de la compatibilité des marques identitaires (ici religieuses) avec le constitutionnalisme libéral. La simple lecture du texte constitutionnel est ici, sans surprise, insuffisante, même si plusieurs articles de la Constitution sont relatifs notamment aux droits des femmes<sup>87</sup>. Il faut donc regarder ailleurs dans le système juridique tunisien pour vérifier si les valeurs universalistes sont enracinées, en particulier l’égalité entre hommes et femmes. Il n’est pas inintéressant de mettre en relief que la Tunisie a ratifié la Convention de New York (1962) portant sur le consentement au mariage, l’âge minimal du mariage et l’enregistrement des mariages, sans émettre de réserves ou de déclaration particulière. Seulement, juste après l’avoir ratifiée, le gouvernement tunisien a adopté une première circulaire du ministère de l’Intérieur, le 17 mars 1962, qui interdit aux officiers d’état civil de célébrer le mariage d’une musulmane avec un non-musulman. Le 5 novembre 1973, une autre circulaire a été émise par le ministère de la Justice dans le même but. Cette dernière circulaire vient rappeler aux officiers d’état civil et aux notaires l’interdiction de célébrer de tels mariages. Autrement dit, la convention internationale est sans effet au plan national. Si une Tunisienne se marie à l’étranger avec un non-musulman, sans un certificat de conversion du futur époux, le mariage ne peut être enregistré en Tunisie. Or, jusqu’à récemment<sup>88</sup>, les deux circulaires précitées ont été maintenues en vigueur dans l’ordre juridique tunisien, alors même que la Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1959 a été remplacée par la Constitution du 27 janvier 2014. Cette pratique administrative est un indice précieux qui autorise la formulation d’une question essentielle : jusqu’où peut-on aller dans la reconnaissance de la diversité sans perdre les fondements du constitutionnalisme ? N’y a-t-il pas un risque de dilution totale du concept ? Il convient de se mettre d’accord sur une définition minimale du constitutionnalisme pour savoir si l’on parle bien du même concept dès lors qu’il est reçu dans une culture constitutionnelle, comme ici, marquée par l’Islam. Concrètement, dans

---

<sup>87</sup> L’article 46 prévoit dans son alinéa 1<sup>er</sup> : « L’État s’engage à protéger les droits acquis de la femme et veille à les consolider et les promouvoir » et dans son 2<sup>e</sup> alinéa : « L’État garantit l’égalité des chances entre l’homme et la femme pour l’accès aux diverses responsabilités et dans tous les domaines ». L’article 21 est relatif à l’égalité entre « citoyens » et « citoyennes ».

<sup>88</sup> Des changements juridiques sont en cours. Plusieurs indices le montrent : l’adoption le 27 juillet 2017 de la loi pour lutter contre les violences faites aux femmes et surtout, le 13 août 2017, le président de la République, Béji Caïd Essebi, à l’occasion de la Fête de la femme (date anniversaire de la promulgation du Code du statut personnel accordant des droits élargis aux Tunisiennes) a montré sa volonté de réformer sur deux points profondément inégalitaires : l’héritage et le mariage avec des non-musulmans. Une commission a été chargée d’étudier la question de « l’égalité dans tous les domaines », non sans soulever des oppositions du côté de certaines autorités religieuses à l’intérieur et aussi à l’extérieur du pays (voir le site de france24.com consulté le 18.08.2017 : « Égalité devant l’héritage : le débat enfle en Tunisie, les religieux s’en mêlent »). Le 14 septembre 2017, la présidence a annoncé l’abrogation des circulaires administratives relatives aux mariages des Tunisiennes avec des non-musulmans : [http://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/09/15/la-tunisie-met-fin-a-l-interdiction-du-mariage-avec-des-non-musulmans\\_5185969\\_3212.html](http://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/09/15/la-tunisie-met-fin-a-l-interdiction-du-mariage-avec-des-non-musulmans_5185969_3212.html)

le cas tunisien, comment ne pas poser la question du respect des droits des femmes ? Le concept de constitutionnalisme ne devrait-il pas garder dans sa structure l'idée de limitation du pouvoir et de garantie de l'autonomie des individus, sans quoi il serait vain d'en parler ?

On pourrait reprocher à ce raisonnement de n'être pas démonstratif, en ce qu'il repose sur un cas particulier dont on ne peut légitimement tirer aucune thèse générale. Néanmoins, c'est une manière d'ouvrir sur une histoire différente : non seulement la focale d'observation n'est plus la même, mais c'est aussi le point de vue sur la représentation du monde global qui n'est plus la même. Il ne s'agit plus d'observer les constitutions et, en particulier, les catalogues des droits à partir d'un grand angle, mais au contraire de mettre à l'épreuve la représentation générale et quantitative produite par la macro-comparaison constitutionnelle. Ce jeu d'échelles et ses variations ont été adoptés par les sciences sociales et, notamment, à partir des années 1970, par l'historiographie française menée par Jacques Revel averti par les travaux des historiens italiens, promoteurs de la micro-histoire. C'est aussi l'approche adoptée par Günter Frankenberg, même s'il ne revendique pas cette source d'inspiration. Il désigne ainsi comme « théorie IKEA » le phénomène par lequel les agents de la globalisation puisent à un « réservoir global » et il recherche les « détails étranges<sup>89</sup> » qui échappent à ce réservoir pour mettre sur la voie de solutions constitutionnelles singulières. Les comparatistes apprécient tout particulièrement les métaphores pour rendre compte des emprunts juridiques, car ces derniers sont en partie énigmatiques : comment des objets juridiques empruntés à différents systèmes juridiques et réunis au sein d'un ordre juridique national parviennent-ils à s'emboîter tel un jeu de Meccano<sup>90</sup> ? Les notices de montage d'une entreprise mondiale d'ameublement ne sont pas sans rappeler celles des jeux de Meccano, qui conduisent parfois à construire volontairement des objets alternatifs ou fort éloignés de ce que le fabricant avait prévu, les pièces étant déformées ou mal montées.

Parmi les voies qui s'ouvrent, une semble plus prometteuse que les autres, bien que porteuse d'ambiguïtés : le « constitutionnalisme transformateur ». Les indéterminations prennent en grande partie leur source dans l'imbrication du descriptif et du perspectif<sup>91</sup> qui caractérise, sans surprise, ce concept et ses formes concurrentes : le « nouveau constitutionnalisme<sup>92</sup> », le

---

<sup>89</sup> G. FRANKENBERG, « Constitutional transfer: The IKEA theory revisited », *I-CON*, 8/2010, p. 563. Théorie approfondie dans l'ouvrage collectif suivant : G. FRANKENBERG (dir.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham-Northampton, E. Elgar, 2013, et en particulier l'introduction « Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer », p. 1.

<sup>90</sup> Sur l'énigme du Meccano, M-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>91</sup> J. Fowkes le définit comme un « *aspirational concept* » : autrement dit, un concept à la fois ambitieux et politique. Voir J. FOWKES, « Transformative Constitutionalism and the Global South: The View From South Africa », in *Transformative Constitutionalism in Latine America*, *op. cit.* Cet article est disponible en ligne à l'adresse : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2847579](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847579)

<sup>92</sup> Le nouveau constitutionnalisme est utilisé par de nombreux auteurs (au passage, comment évaluer la nouveauté ?) aussi bien dans le contexte latino-américain qu'au-delà : il re-

« néo-constitutionnalisme<sup>93</sup> ». Les fluctuations, d'abord, viennent des expériences constitutionnelles à prendre en compte : au-delà de l'Afrique du Sud et de l'Amérique du Sud. Quels pays de l'Amérique Latine ? Quels liens entre les expériences sud-africaine et latino-américaine ? Si le « *transformative constitutionalism* » évoque principalement les expériences de l'Afrique du Sud et de plusieurs pays d'Amérique Latine<sup>94</sup>, le terme a été introduit pour la première fois en 1997 par un universitaire américain à propos de la seule expérience sud-africaine<sup>95</sup>. Ce n'est que très récemment que les pratiques latino-américaine et sud-africaine ont été rapprochées<sup>96</sup>. À l'ère globale, le regard se détourne du Nord où est né le constitutionnalisme pour scruter le Sud afin d'y voir comment il s'y acclimate et interroger les interactions entre les différents Sud(s). Dès lors, ne faudrait-il pas plutôt débattre d'un « constitutionnalisme du Sud » à opposer à un « constitutionnalisme du Nord » ? Ainsi se profilerait moins une catégorie épistémique que géographique. Dans tous les cas, on a affaire à des constitutions qui s'inscrivent dans un contexte similaire marqué par de fortes inégalités sociales et une large corruption – pour faire court : des institutions faibles. Même si la géographie sert à agglomérer des expériences partageant une réalité politique et sociale, les fluctuations proviennent aussi des traits saillants à reconnaître (volet perspectif) au constitutionnalisme transformateur. La catégorie s'affirme épistémique dès lors que l'on cherche à mettre à nu les critères d'identification sans prendre en compte la pratique constitutionnelle spécifique de ces pays (bien qu'elle ait le plus souvent influencé ladite catégorie) : d'un côté, la volonté d'un changement socio-politique par

---

pose principalement sur la place centrale occupée par les juges dans les systèmes constitutionnels et les rapports de systèmes (nationaux et supranationaux). Voir notamment T. GYORFI, *Against the New Constitutionalism*, Cheltenham, E. Elgar, 2016.

<sup>93</sup> On peut ici offrir une riche bibliographie en langue espagnole et italienne qui est le signe de la prise en compte des expériences latino-américaines. Le néo-constitutionnalisme renvoie non seulement à un renouveau du droit constitutionnel par l'action des cours constitutionnelles, mais aussi à une théorie du droit. On signalera en particulier les travaux suivants : M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modène, Mucchi, 2012 ; M. BARBERIS, « El neoconstitucionalismo. Third Theory of Law », in S. POZZOLO (dir.), *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, p. 250.

<sup>94</sup> G. Bercovici offre une vision plus large : « le mouvement des constitutions transformatrices commence au début du XX<sup>e</sup> siècle avec la Constitution de l'Inde de 1949 et s'étend sur des pays de différentes cultures, comme l'Afrique du Sud, le Brésil, le Portugal et l'Espagne, mais qui possèdent un caractère commun : la position périphérique dans l'économie mondiale » (G. BERCOVICI, « La Constitution brésilienne de 1988. Les constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, op. cit., p. 117).

<sup>95</sup> K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, p. 146.

<sup>96</sup> D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 ; O. VILHENA, U. BAXI, F. VILJOEN (dir.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013 ; A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN, « Ius Constitutionale Commune en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism », op. cit.



l'élaboration d'un riche catalogue constitutionnel de droits y compris économiques, sociaux, culturels de manière à réaliser la justice sociale et, de l'autre, la promotion de nouveaux acteurs de la démocratie, principalement le pouvoir juridictionnel, et des mécanismes de participation directe pour remettre le peuple au cœur des nouvelles institutions<sup>97</sup>. On peut penser que ces expériences et cette catégorie ont quelque chose à nous apprendre quand on voit le constitutionnalisme en Europe miné de l'intérieur. Surtout, le vrai changement vient du décentrement du Nord vers le Sud. Le constitutionnalisme global n'apparaît plus comme un modèle dominant organisé autour de la trilogie « démocratie – État de droit – droits de l'homme » imposée par les ex-puissances coloniales aux pays décolonisés. Le caractère idéologique du constitutionnalisme s'estompe dans un contexte d'échanges qui ne sont plus perçus comme unidimensionnels.

Dans l'abondance des écrits doctrinaux et la « conversation confuse » qui en résulte, la globalisation juridique ou droit global s'impose « comme catégorie explicative et unificatrice d'une multitude de phénomènes juridiques disparates [...]. C'est bien parce que c'est une catégorie poreuse qu'elle est conquérante et expansive, et qu'il convient de prendre ses multiples usages très au sérieux<sup>98</sup> ». Si cette catégorie paraît plus conquérante que celle de « culture », c'est parce qu'elle offre une échappatoire à tous ceux qui ne veulent pas renoncer aux idéaux portés par les valeurs universalistes. La catégorie « culture » a, en revanche, une histoire en Occident. Si, on se contente de l'utiliser comme un terme descriptif flou, c'est alors une catégorie fourre-tout qui, en rassemblant tant d'activités et de propriétés, dans un ensemble commun, peut réellement amalgamer ou masquer des distinctions nécessaires. En examinant, toutefois, au plus près cet ensemble, la culture révèle un potentiel conflictuel, tout particulièrement, sur les questions identitaires : c'est par opposition ou/et par exclusion que l'on parvient à une définition des différences culturelles. En tant qu'instrument épistémologique, la culture conduit possiblement à une compréhension conflictuelle du monde. L'objectif des *global lawyers* est louable et aisément compréhensible, mais les comparatistes constitutionnalistes, instruits par la réalité constitutionnelle<sup>99</sup>, ne peuvent échapper à l'approche différenciée des formes de constitutionnalisme. Certains proposent déjà de les classer<sup>100</sup>, y compris les formes abusives<sup>101</sup> telles que la forme illibérale : ce qui ne va

---

<sup>97</sup> K. Klare le définit de la manière suivante : « *By transformative constitutionalism I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed [...] to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction* » (*op. cit.*, p. 150).

<sup>98</sup> M. XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global », *Jus Politicum*, n° 8, 2012. Disponible en ligne à l'adresse : <http://juspoliticum.com/Apres-les-Theories-Generales-de-l.html>

<sup>99</sup> Précisément, dans ce sens, une étude collective cherche à combler le fossé entre réalité constitutionnelle et idéaux universalistes : M. ADAMS, A. MEUWESE, E. HIRSCH BALLIN (dir.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

<sup>100</sup> M. TUSHNET, « Varieties of Constitutionalism », *I-CON*, vol. 14, 1/2016, p. 5.

<sup>101</sup> D. LANDAU, « Abusive Constitutionalism », *U.C. Davis Law Review*, vol. 47, 2013, p. 189.

pas de soi, puisque cette nouvelle catégorie a-t-elle encore quelque chose à voir avec le concept de constitutionnalisme ? Le risque est que chacun adosse à ce concept l'adjectif qui lui convient et qu'il devienne, dès lors, le réceptacle de significations trop éloignées de ses fondements que sont la limitation du pouvoir légitime et la garantie de l'autonomie des individus. Le concept de constitutionnalisme a une histoire qui n'est pas linéaire ou, plutôt, qui repose sur plusieurs traditions. Mais il a aussi un avenir qui permet, dans le cadre de la perspective globale, de lui donner une cohérence en articulant les analyses au carrefour des idéaux universalistes et de la réalité constitutionnelle. L'effet heuristique d'une telle démarche est de rendre visible les contours du constitutionnalisme en distinguant ses différentes formes et, en particulier, en opposant sa forme libérale à des formes autoritaires ou/et sa forme historique à de nouvelles formes. Une vue d'ensemble du constitutionnalisme et de ses catégories contemporaines fait sans doute défaut ; elle semble encore bien partielle<sup>102</sup>, quoique multiple<sup>103</sup>. Le constitutionnalisme ressemble aujourd'hui à une sorte de géoglyphe dont on ne peut percevoir la représentation globale qu'en prenant de la hauteur. Mais cette position est quasiment inatteignable, faute d'une cartographie des concepts qui permettrait précisément de se repérer et de rendre visible ce géoglyphe dans toute son étendue et sa richesse. Néanmoins, des contours apparaissent de manière suffisamment claire pour avancer que le constitutionnalisme de type occidental et libéral n'est pas celui qui correspond à toutes les expériences constitutionnelles déployées à travers le monde, et qu'une vision différenciée du constitutionnalisme semble plus appropriée et plus à même de rendre compte des pratiques sans oublier la logique de limitation du pouvoir qui fonde la doctrine du constitutionnalisme, sous peine de tomber dans un relativisme sans fond.

### **Marie-Claire Ponthoreau**

*Professeur de droit public, Faculté de droit de l'Université de Bordeaux.*

---

<sup>102</sup> On partage l'idée émise par Mark Tushnet selon laquelle « une taxonomie plus riche des différentes formes de constitutionnalisme pourrait être utile » (« Varieties of Constitutionalism », *op.cit.*, p. 2), même s'il nous semble qu'il conviendrait avant tout de bien dissocier « constitution » et « constitutionnalisme » : le débat actuel sur les formes nouvelles du constitutionnalisme renvoie en partie à des catégories anciennes proposées par K. Loewenstein (la « constitution nominale » et la « constitution sémantique », voir *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1957, p. 147) et G. Sartori (« constitution façade » – ou vitrine –, voir « Constitutionalism: A Preliminary Discussion », *American Political Science Review*, vol. 56, 1962, p. 861).

<sup>103</sup> Voir la classification des différentes formes du constitutionnalisme global, selon une perspective de droit international public, proposée par C. Schwöbel : C. SCHWÖBEL, « Situating the Debate on Global Constitutionalism », *I-CON*, vol. 8, 3/2010, p. 611.

# Mikhail Xifaras

## CONCLUSIONS

**J**e ne vous cache pas mon embarras<sup>1</sup>. Présenter les conclusions de nos travaux est un exercice bien difficile. Je ne vais pas essayer de vous en proposer une synthèse. Ceux qui ont suivis nos deux jours d'échanges savent que leur diversité et leur richesse rendent l'entreprise vaine. J'ajoute qu'en adoptant un point de vue synthétique, il me faudrait résister à la tentation d'entrer dans nos controverses. Je crains hélas de n'en être pas capable, nos débats ayant été trop intéressants pour ne pas vouloir prendre parti, objecter. Je ne vais donc pas chercher à les synthétiser, mais plutôt faire quelques remarques à propos de ce que j'en ai retenu.

### I

Tout d'abord, je retiens que nos débats ont eu pour objet le Droit Constitutionnel Global (ci-après : DCG). Un objet d'apparence brumeuse, mal identifié. L'intervention d'Anne Peters nous en a cependant offert une définition plausible qui, me semble-t-il, permet de mieux comprendre de quoi il est question. Cet objet n'est pas un régime juridique ou un corps de droit, c'est d'abord un *projet* : à la fois un idéal, ou une idéologie (tout le monde ne s'accorde pas sur ce point), en tout cas quelque chose comme une idée régulatrice. Il s'agit en l'occurrence de celle d'une communauté politique universelle – l'idée cosmopolitique –, dont on sait qu'elle ne se confond pas forcément avec celle de l'État mondial. Cette idée engage non seulement l'idée d'une communauté, mais celle d'une communauté *constituée*, ce qui suggère qu'elle soit structurée par (ou au moins solidaire de) des dispositifs juridiques analogues à ceux qu'on associe ordinairement avec le matériau qu'on désigne comme « constitutionnel » à l'échelle des ordres juridiques nationaux.

L'intervention de Sabino Cassese permet d'ajouter quelque chose à cette définition. Ce matériau « constitutionnel » ne se confond pas, à l'échelle du monde, avec ce que l'on trouve dans à l'échelle des nations. Il est composé de manière beaucoup plus fragmentaire et disparate et revêt plutôt la forme d'un grand réservoir discursif – une grammaire ou une *langue* – qui contiendrait divers éléments comme des règles, principes, institutions, procédures, concepts, modes d'argumentation et de raisonnement (par exemple, comme le rappelait opportunément Pierre Brunet, les techniques de balance proportionnée des intérêts). Les rapports entre ces éléments, tout comme une grammaire ou une langue, seraient régis par les règles de leur association. Le DCG est donc moins un ordre juridique qu'un agrégat disparate offert à la disponibilité des acteurs, qui peuvent emprunter

---

<sup>1</sup> La forme orale de cette intervention a été conservée, seules quelques notes de bas de page ont été ajoutées.

tel ou tel élément, tel ou tel bloc d'éléments, pour les composer et les re-composer à la fois *ad libitum* et *ad infinitum*, dès lors qu'ils le font dans le respect des règles de leur association, dans le but de faire avancer tel ou tel aspect du projet cosmopolitique qu'ils poursuivent. On a pu parler de « théorie IKEA du droit constitutionnel global<sup>2</sup> ».

Les définitions qui précèdent engagent certaines prémisses. Les points de vue et les méthodes d'analyse divergent quant à la manière de définir et déterminer ce qu'il y a dans le réservoir, mais on s'accorde tout de même à reconnaître que ses éléments ont un air de famille avec le matériau juridique dont traite ordinairement la théorie constitutionnelle. On s'accorde aussi à trouver que puiser dans ce réservoir est un bon moyen d'avancer vers la réalisation de la société internationale (pour parler comme les internationalistes) et vers la « globalisation » des constitutions nationales, dans la mesure où ce réservoir est aussi disponible pour transformer ces dernières. Enfin, sans que cela soit toujours explicite, le projet cosmopolitique est souvent lié à l'expression de préférences marquées en faveur de la promotion des droits humains, de l'État de droit et de la bonne gouvernance. Résumons donc : le DCG se fonde sur trois prémisses : 1) la disponibilité d'un réservoir d'outils juridiques, 2) qui présentent des analogies avec le matériau « constitutionnel », 3) placé au service de projets cosmopolitiques d'inspiration libérale, démocratique, ou les deux.

## II

À nous entendre durant deux jours, il apparaît que nous ne sommes pas tous d'accord pour accepter ces prémisses. Je vais essayer de dire quelques mots de ces désaccords, ou si l'on veut dramatiser un peu, je vais essayer de pointer les lignes de faille qui ont ordonné nos controverses. Ce faisant, je ferai parfois référence à des thèses développées ailleurs<sup>3</sup>.

Le premier désaccord porte – si j'ai bien compris – sur l'intérêt même d'une telle conversation. Certains parmi nous semblent considérer que toute cette histoire de DCG, c'est *much a do about nothing* ; ou encore que la question du DCG n'est pas théoriquement robuste, que le DCG n'a pas la consistance requise pour être vraiment un objet de la théorie du droit. Cette résistance, ou du moins cette réticence, nous a conduits à passer beaucoup de temps à nous demander si le DCG existait ou pas. Pour ma part, je trouve que la question de l'existence ou non du DCG est trop mal posée pour être pertinente. Pour qu'elle le devienne, il me semble qu'il faudrait reformuler le souci qu'elle manifeste dans les termes suivants : il y eu un *avant*, et puis il s'est passé quelque chose. Cet *avant*, on l'appellera Westphalie. En Westphalie, le monde était structuré par des États nationaux dont l'ordre juridique constitutionnel était fondé sur un *demos*. Ces États entretenaient entre eux des relations essentiellement inter-étatiques, quelque chose comme le droit international public classique. L'idée est sans doute historiquement er-

---

<sup>2</sup> G. FRANKENBERG, « Constitutional Transplants: The IKEA Theory Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8/3, Juillet 2010, p. 563-579.

<sup>3</sup> M. XIFARAS, « The Global Turn in Legal Theory », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. XXIX, n° 1, February 2016, p. 215-243.

ronée : en 1648 tous les États n'étaient pas tous fondés sur des *démos*, n'étaient pas tous dotés de constitutions au sens moderne du terme et se trouvaient aussi liés entre eux par du *ius cogens*, de la coutume ou du droit diplomatique. Il est donc bien possible que l'idée de Westphalie soit en fait très postérieure au Traité du même nom. Mais il reste pratique de s'y référer, *for the sake of the discussion*, parce qu'il désigne un idéal-type assez massivement et longtemps partagé par les communautés nationales de juristes savants pour avoir assis la domination, et peut être l'hégémonie, d'un dispositif épistémique dans la science juridique. J'évoque ici des communautés nationales de juristes savants parce que je crois que ce dispositif épistémique westphalien est entièrement solidaire de l'organisation statocentrique des communautés qui l'ont produit. Pendant très longtemps, et encore aujourd'hui pour nombre de collègues, être professeur de droit voulait dire appartenir principalement à une communauté savante nationale, être un professeur de droit français, allemand, japonais, etc. Ces communautés savantes se sont données pour but de fonder, constituer et limiter par le droit l'État national auquel elles appartenaient. Qu'on songe par exemple aux Théories Générales de l'État, genre majeur de la littérature constitutionnelle pendant près d'un siècle.

Bien sûr, ces communautés n'ont jamais été des monades, elles échangeaient entre elles selon des modalités qui rappellent furieusement la diplomatie inter-étatique, chacun se concevant comme le représentant de sa communauté nationale, adoptant le style, le point de vue et les idiosyncrasies propres à celle-ci (les colloques de la Société de Législation Comparée sont à cet égard des cas d'école). Dans le dispositif épistémologique westphalien, l'histoire du droit et le droit comparé jouent un rôle très important, ce sont les savoirs auxiliaires qui garantissent que ces communautés nationales ne sont pas des isolats. Mais l'histoire et la comparaison trouvent leur signification ultime dans la fondation, la constitution et la limitation de l'ordre juridique national auquel chacune est rattachée.

Dans un tel dispositif épistémologique, ce qu'on appelle le Droit Global apparaît d'abord sous la forme de phénomènes invraisemblables ou monstrueux, voire impensables, ce que Benoit Frydman appelle judicieusement des Objets Juridiques Non Identifiés<sup>4</sup>. L'expérience est la suivante : tout d'un coup, on voit émerger dans un univers mental bien balisé quelque chose qu'on ne parvient pas reconnaître, voire qu'on n'est peut-être pas capable de concevoir, ou qu'on ne peut concevoir que comme confus, contradictoire, absurde : des constitutions sans *démos*, voire sans État, ou sans territoire ; des juges sans juridiction territorialisée ; des organisations ni publiques ni privées (ou à la fois publiques et privées) ; des normes sans force obligatoire, etc. On a évoqué de nombreux OJNI, et de fort belle facture, tout au long de ce colloque (la FIFA, le CIO, le dialogue transnational des juges, l'intégration horizontale des dispositions protectrices de droits humains, les constitutions sociétales, etc.). Et nombre de collègues – qu'on pense par exemple aux remarques d'Olivier Beaud dans la discussion – ont estimé que ces objets étaient mal nommés et que cela prêtait à confusion.

---

<sup>4</sup> B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Paris, Bruylant, 2012, p. 17-48.

Ainsi, parler de constitution sans État, de constitution sociétale, comme le fait Gunther Teubner, relèverait de l'abus de langage. Il faudrait parler plutôt de « juridification » des sphères de l'activité humaine et garder le terme « constitutionnalisation » pour désigner ce qui, en accord avec nos définitions, engage la présence d'un cadre étatique, l'existence d'un *démos*, un ordre juridique territorialisé, etc. Se manifeste là une réticence à penser les OJNI autrement que du point de vue des cadres conceptuels et des catégories en usage en Westphalie.

Cette réticence est certainement une des attitudes possibles dans la conversation relative au DCG. Elle consiste à affirmer que nous n'avons pas besoin de changer de dispositif épistémologique pour penser les OJNI, qu'il faut au contraire consacrer nos efforts et notre temps pour rapporter ces OJNI ordinairement associés au DCG aux cadres théoriques, catégories et modes de raisonnement en vigueur dans le cadre épistémique westphalien. Après tout, la FIFA n'est jamais qu'une association de droit suisse. Il faut accorder à cette réticence qu'il n'y a aucune nécessité théorique à sortir de Westphalie.

Il reste qu'un nombre grandissant de juristes, et pas toujours des moindres si j'en juge par les personnes présentes dans cette salle, estiment pour leur part qu'il convient de sortir du cadre westphalien pour adopter une perspective non plus nationale mais globale afin de mieux théoriser les OJNI. Ils ont choisi d'entrer dans le monde du *post*. Et déjà, certains parmi eux jugent vain de continuer à discuter sérieusement avec ceux qui sont restés en Westphalie<sup>5</sup>. Ceux-là cherchent à rendre compte des constitutions sans peuple, sans État, sans *démos* ou sans territoire autrement que du point de vue négatif de ce qu'il leur manquerait pour être de « vraies » processus de constitutionnalisation, non pas donc à partir de ce qu'elles ne sont pas, mais plutôt en cherchant à adopter un point de vue qui permettrait d'y trouver autre chose que de la confusion<sup>6</sup>. Un point de vue qui rendrait les OJNI non seulement pensables, mais susceptibles de rendre compte de leur effectivité. Refusant de distinguer le destin des institutions et des savoirs qui les produisent, ils adoptent le point de vue des dispositifs épistémiques qui, tout comme les règles, principes, dispositifs juridiques, procédures, modes de raisonnement et d'argumentation qui sont contenus dans le réservoir du DCG, émergent et circulent à l'échelle globale. Ceux-là ont fait le choix de prendre le *Global Turn* dans la pensée juridique<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> « ... most skeptics are not scholars focused on thinking hard about international law and its theoretical foundations, but constitutional scholars comfortably inhabiting the conceptual and normative domestic constitutional universe in which international law operates primarily as an irritation, perhaps alarming, but probably best ignored. » (M. KUMM, « Constitutionalism and the Cosmopolitan State », *NYU Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper*, 2013, paper n° 13-68, note 5, p. 2).

<sup>6</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism. On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », in J. DUNOFF, J. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World. Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 258-324.

<sup>7</sup> M. XIFARAS, « The Global Turn in Legal Theory », art. cité, note 3.

Prendre ou pas le *Global Turn* est une affaire de choix épistémologique, mais ce choix me semble être aussi très politique. On peut vouloir rester en Westphalie, et comme je le disais, si l'on s'y prend bien, on doit pouvoir y arriver. C'est pour cela que la discussion sur l'existence ou de la non-existence du DCG est proprement indécidable. Elle est entièrement dépendante des prémisses adoptées. Si vous estimez qu'il est absurde de parler d'une constitution sans État, sans *démos*, sans territoire, vous jugerez que le DCG est une notion fumeuse, que la chose n'existe pas. Mais si vous pensez que les processus de constitutionnalisation sont désormais indépendants des États, des *démoi* et des territoires, et que vous vous dotez des définitions appropriées pour rendre compte de leur circulation à l'échelle globale, vous n'aurez alors aucune peine à considérer l'existence de constitutions sociétales, de normes sans force obligatoire, etc. La question de l'existence ou de la non-existence du droit constitutionnel global est en fait celle de savoir s'il est politiquement opportun de prendre le *Global Turn*.

Et si vous m'accordez ce qui précède, permettez-moi la métaphore suivante : la question de l'existence ou de la non-existence du DCG est mal posée parce que le DCG est quelque chose qui a l'allure de la *chose en soi* chez Kant. Il doit bien exister « quelque chose », puisque ce quelque chose se manifeste, mais seules ses manifestations sont accessibles à la connaissance. En l'espèce, le DCG se manifeste sous la forme d'une conversation savante à propos de certains OJNI, en sorte que la seule chose qui soit vraiment connaissable à leur propos, c'est précisément cette conversation savante. Je disais que nous avions défini le DCG comme un projet, un réservoir et des préférences idéologiques. J'ajouterais volontiers : c'est-à-dire comme une *conversation savante*.

C'est peu, mais c'est beaucoup, parce qu'il convient de prendre acte du fait que si prendre le *Global Turn* n'obéit à aucune nécessité scientifique, cette conversation s'impose désormais comme centrale au sein des communautés de juristes savants, y compris au sein des communautés nationales les moins enclines à sortir de Westphalie. Il y a dix ans, il n'est pas certain que nos collègues de Paris II – et je profite de cette mention pour les remercier très vivement, en notre nom à tous, pour leur initiative et leur hospitalité – aient été convaincus de l'opportunité d'organiser un colloque international sur la question du DCG. Mais il se trouve qu'entre temps, d'éminents collègues – dont beaucoup sont présents ici – ont commencé à en parler. Sabino Cassese nous rappelait que l'émergence de cette conversation est relativement récente, beaucoup plus récente par exemple que celle sur le Droit Administratif Global<sup>8</sup>. Il ajoutait que le droit constitutionnel ayant toujours été lié à l'entreprise de limitation du pouvoir exécutif central, son absence à l'échelle globale pouvait expliquer cette émergence tardive. Il reste que la conversation a désormais émergé, qu'elle a pris de l'ampleur, et qu'elle donne lieu à des myriades de colloques, articles et livres, certains étant beaucoup trop intéressants pour être tout à fait ignorés. Avec cette conversa-

---

<sup>8</sup> Voir S. CASSESE, « Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2005, p. 663 et B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 15.

tion émerge une nouvelle communauté académique, au carrefour du droit international et de la théorie du droit constitutionnel, qui ne se définit plus par son caractère national, mais par le choix d'adopter une perspective globale sur des objets eux-mêmes globaux. Les idées qu'elle produit circulent de plus en plus intensément. L'existence même de ce colloque nous dit qu'il est devenu difficile, sauf à s'installer dans le déni, de ne pas entrer en conversation avec cette nouvelle communauté de professeurs *globalistas*. On a certes toujours le choix de rester en Westphalie, mais il est devenu beaucoup plus compliqué de rester indifférent à la possibilité d'un basculement dans le *post*. L'existence même de ce colloque nous dit donc quelque chose de très important quant à l'existence ou la non-existence du DCG. Il nous dit que l'important n'est pas qu'il existe ou pas, c'est *qu'on en parle*.

### III

Alors parlons en justement. En quoi consiste précisément le *Global Turn* ? Et jusqu'où peut-on aller dans l'adoption d'une perspective épistémologique globale ? Jusqu'où peut-on aller dans le décentrement par rapport à la perspective nationale d'où l'on vient ? J'ai utilisé ailleurs la métaphore suivante : les *global professors* sont comme des immigrants fraîchement débarqués en pays inconnu<sup>9</sup>. Ils découvrent tout d'un coup des audiences nouvelles, peuplées d'interlocuteurs nouveaux qui ne sont plus principalement des collègues qui se conçoivent eux-mêmes comme les représentants de leur communauté nationale d'origine mais, eux aussi, comme des immigrants récents dans la Métropole Globale. Ces nouveaux interlocuteurs ne partagent pas les mêmes préoccupations, n'ont pas lu les mêmes livres, ne se reconnaissent pas dans une bibliothèque commune, ils ne partagent d'ailleurs pas toujours de langage scientifique commun. En général, ils sont obligés de parler une autre langue que celle de leur communauté d'origine. Dans ce nouveau contexte, la question de savoir ce qui peut bien intéresser les gens auxquels on s'adresse est beaucoup moins évidente que dans le cadre des discussions au sein de la communauté nationale. Pour prendre l'exemple français, les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont qu'un corps de droit parmi une centaine d'autres, pas forcément plus digne d'intérêt que les autres ; les querelles du positivisme et du naturalisme, du normativisme et du réaliste, de l'École de Toulouse et de l'École de Bordeaux, ne sont pas forcément les plus fécondes. Il faut donc parfois se résoudre à parler d'autre chose, ou en tout cas à en parler autrement.

C'est d'autant plus vrai que parmi les *global professors* qui peuplent ces enceintes nouvelles, le *global professor* d'ascendance française n'est pas « global » de la même manière que le *global professor* d'ascendance japonaise, ghanéenne ou australienne. On comprend pourquoi : prendre le *Global Turn* n'a pas la même signification dans le contexte des communautés de juristes savants en France, au Japon, au Ghana ou en Australie. Dans

---

<sup>9</sup> M. XIFARAS, « The Global Turn in Legal Theory », art. cité, p. 226 ; version française : « Après les Théories Générales de l'État, le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, *Les Théories de l'État entre passé et avenir*, 2012, texte disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Apres-les-Theories-Generales-de-l-Etat-le-Droit-Global-622.html> (voir p. 27 du .pdf).



chacun de ces contextes, « adopter une perspective globale » revient à puiser dans le réservoir des règles, principes, dispositifs, arguments et raisonnements du DCG, mais on n’y puise pas toujours de la même manière, et pas toujours dans le même but. La métaphore de l’immigration est décidément parlante : chacun arrive dans un monde nouveau, éprouve l’ivresse de la découverte de ce monde mais aussi le souvenir des petits plats de Grand-Mère, mais il se trouve que ce ne sont pas les mêmes enthousiasmes et pas les mêmes petits plats. Tous les immigrés connaissent les ambivalences de l’immigration, entre admiration et détestation du monde nouveau, rejet et nostalgie du monde d’où l’on vient, mais ce ne sont pas les mêmes ambivalences qui traversent chacune des communautés d’immigrés et chacun des membres de ces communautés. Si l’on suit cette métaphore, il faut accorder qu’il n’y a pas une unique « communauté savante globale », mais autant de « communautés savantes globales » que de façons de s’arracher à sa communauté savante d’origine. Et l’on peut ajouter qu’il y a mille manières de procéder à cet arrachement, une infinité de dispositions et de degrés d’intensité dans l’expérience du décentrement. Le Droit Global n’est pas une Sphère, c’est un espace discursif parcellaire et fragmenté en voie de fabrication. On peut immigrer un peu ou beaucoup, mieux ou moins bien. D’où la question : jusqu’où faut-il poursuivre l’ambition de changer de perspective épistémologique ?

#### IV

Sur ce terrain, la première difficulté rencontrée, qui est aussi la première objection faite au projet du DCG, est celle de la *projection*. Pour le dire brutalement, nombre de collègues reprochent à certains *globalistas* de ne pas être globaux du tout, de se contenter de projeter *worldwide* les vues qu’ils avaient dans le monde d’avant<sup>10</sup>. Les collègues issus de communautés savantes nationales à forte prétention universelle sont les premiers à être affectés par cette pathologie, elle se trouve donc mieux représentée aux États-Unis ou en France qu’au Japon, en Belgique ou au Ghana. Selon cette objection, le DCG ne serait guère que la projection à l’échelle mondiale de l’expérience de la construction d’un droit constitutionnel supra-étatique à l’échelle européenne. Il est vrai que cette expérience a été un des principaux laboratoires où s’est élaborée l’idée d’une constitution transnationale, sans *démos*, ce que Matthias Kumm, dont les travaux sont particulièrement visés par cette objection, appelle la « *constitution little c*<sup>11</sup> ». L’argument de la projection est à prendre très au sérieux : ne serait-on pas en train de se contenter de reconduire ce qui s’est fait en Europe à l’échelle du monde ? Est-ce qu’à défaut de décentrement, on ne serait pas plutôt tombés dans le panneau de l’ethnocentrisme le plus classique, pour ne pas dire le plus crasse ? Et ne

---

<sup>10</sup> Par exemple, Matthias Kumm considère que la théorie de l’État Mondial n’est que la reconduction des doctrines étatistes à l’échelle globale. Voir « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism », art. cité, p. 262-263 : « *those who insist on the desirability of establishing a world state tend to be caught up in statist thinking in the same way as traditional statist* ».

<sup>11</sup> *Ibid.*

faudrait-il pas ajouter, puisqu'on parle de vision européenne du monde : *comme d'habitude* ?

À ce stade, je dois confesser avoir ressenti un manque dans nos discussions. Nous avons beaucoup discuté du DCG sans prendre en compte une de ses dimensions essentielles, qui est celle de l'inter-normativité. Il est possible que ce qui constitue la société internationale (ou l'unité de la communauté humaine) à l'échelle globale ne soit pas, ou pas seulement, la normativité juridique, entendue au sens courant d'un réservoir de règles, principes, dispositifs, procédures, modes de raisonnement et d'argumentation *juridiques*. Il est possible que ce soit aussi, et peut être même d'abord, des discours éthiques, religieux ou économiques, des normes techniques, des protocoles de management, des algorithmes et bien d'autres choses encore. Il se pourrait que la Métropole Globale soit une constellation de discours experts parfois complémentaires, plus souvent concurrents, parmi lesquels les discours des juristes internationaliste et constitutionnaliste ne seraient qu'une forme d'expertise parmi d'autres<sup>12</sup>. Après tout, pourquoi les activités humaines à l'échelle globale seraient-elles principalement constituées par les outils qu'on trouve dans le réservoir du DCG ? Variation disciplinaire sur le thème de la projection : n'avons-nous pas, nous autres juristes, trop vite projeté nos propres objets, catégories et méthodes sur un monde en train de se constituer et peut-être en train de se constituer *autrement que par le droit* ? Et n'avons-nous pas un peu oublié de nous demander comment ces objets, catégories et méthodes s'articulent (ou pas) avec d'autres normativités, non juridiques ?

Cette objection de la projection se décline encore au versant géographique : on s'accordera à reconnaître que la globalisation – *whatever that means* – est solidaire d'un processus d'expansion planétaire du juridisme occidental. Cette expansion a duré plusieurs siècles, soit au travers des processus de colonisation (*direct* ou *indirect rule*), soit au travers de l'adoption « volontaire mais forcée » du juridisme occidental, comme dans le cas de la Turquie, du Japon ou de la Thaïlande. Cette expansion a donné lieu à des rencontres historiques singulières entre le droit occidental et les ordres normatifs hétérogènes qui se trouvaient *déjà là*. De même que le DCG est très difficile à comprendre sans prendre en considération les autres normativités (discours économiques et éthiques, management, normes techniques) et leur articulation aux discours juridiques, de même il est difficile de rendre compte de l'expansion du juridisme occidental sans prendre en charge la manière dont s'est opérée la rencontre entre le droit occidental et les ordres normatifs *déjà là*. Chacune de ces rencontres a produit des hybrides, des modes d'articulation, des conflits et des coexistences qui sont propres à l'expérience historique en cause : dans certains cas, le juridisme occidental s'est substitué aux ordres normatifs hétérogènes *déjà là*. Ailleurs, elles se sont simplement juxtaposées. Parfois, elles ont fusionné pour donner naissance à des normativités inédites. Chacune de ces rencontres a une productivité normative propre et raconte une histoire singulière de *regime collision*

---

<sup>12</sup> Pour une théorie de la gouvernance globale comme champ de lutte entre experts, voir D. KENNEDY, *A World of Struggle. How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, 2016.

comme dirait Gunther Teubner, mais une histoire dans laquelle non seulement les régimes en cause mais encore les opérateurs de leur coordination ne sont pas tous juridiques, quand, d'ailleurs, des modes d'articulation commun sont disponibles, ce qui n'est pas toujours le cas.

J'insiste sur ce point. Dans le discours du DCG, il est très souvent question de rencontres entre le réservoir du droit constitutionnel occidental et des régimes normatifs hétérogènes. On parle alors cultures, coutumes, sociétés, traditions. Mais ce qui permet de faire tenir ensemble les éléments du réservoir (constitutions, respect des droits de l'homme, *judicial review*, etc.) et les éléments hétérogènes est toujours conçu comme *juridique*. C'est au droit et toujours au droit qu'il revient de fournir le mode de coordination entre les ordres normatifs hétérogènes. Comme si le pluralisme normatif à l'échelle global devait miraculeusement se résoudre en un pluralisme juridique. Où l'on retrouve la deuxième prémisse du DCG : la communauté humaine universelle se constitue *par le droit*. Il me semble que l'adoption de cette prémisse fait courir le risque de reconduire une forme sophistiquée de juriscentrisme et d'ethnocentrisme d'allure très westphalienne. Elle repose en effet sur l'idée selon laquelle dans la dialectique de l'universel et du particulier, le droit est toujours le véhicule de l'universel et les cultures, sociétés et traditions locales ou nationales sont toujours l'expression de la particularité. Et, bien entendu, dans le face-à-face du juridisme occidental et des contextes particuliers, le juridisme occidental est toujours vainqueur, parce qu'en tant que véhicule de l'universel, il a le sens de l'histoire pour lui. Ce que nous dit la critique de la projection, c'est que nous n'en savons rien et qu'il est fort possible que ce ne soit pas le cas. Et ce n'est pas à travers le maniement du couple de l'universel et du particulier qu'on l'apprendra, parce les deux termes de l'opposition ressortissent également du réservoir conceptuel du juridisme occidental et ne nous disent rien de l'altérité que nous devrions appréhender dans ces processus de rencontre entre ordres normatifs hétérogènes. Au fond, les catégories d'universel et de particulier se contentent d'occulter ce qui devrait précisément retenir toute notre attention, à savoir l'examen des modes d'articulation et de coordination propres à chacune des rencontres singulières produites par l'expansion du juridisme occidental. Il n'y a rien, sinon nos préjugés, qui nous interdise de penser la radicale pluralité de ces modes d'articulation et de coordination.

Non seulement nous ne savons pas si le droit est la seule et unique normativité qui véhicule l'universel, mais l'affirmer revient à poser *a priori* une prétention unilatérale qui pourrait produire le contraire de l'effet escompté. Pour le dire avec Étienne Balibar, « l'universel ne rassemble pas, il vise<sup>13</sup> ». Le monde commun ne nous est pas donné, il se fabrique (ou pas) avec prudence et patience – Bruno Latour dirait avec diplomatie<sup>14</sup>. Dans ces processus éminemment politiques, les prétentions unilatérales à l'universalisme se révèlent autant d'obstacles à la recherche de modes

---

<sup>13</sup> E. BALIBAR « L'universel ne rassemble pas, il divise » *Le Monde*, 9 février 2017. [http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/09/etienne-balibar-l-universel-ne-rassemble-pas-il-divise\\_5077178\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/09/etienne-balibar-l-universel-ne-rassemble-pas-il-divise_5077178_3232.html)

<sup>14</sup> B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence, une anthropologie des modernes*, Paris, La découverte, 2012, p. 479.

d'articulation et de coordination partagés<sup>15</sup>. De nombreuses versions du projet du DCG tombent sous le coup de cet argument, comme ce fut le cas il y a quelques années pour le projet du Droit Administratif Global<sup>16</sup>.

Prendre sérieusement le *Global Turn* pourrait donc commencer par accorder que s'il n'existe pas de critère objectif pour certifier qu'une position épistémique soit « vraiment globale », il existe sans doute des protocoles théoriques qui permettent de projeter *moins*. Ainsi, s'il est vrai que le DCG est un projet de diffusion du réservoir juridique d'éléments constitutionnels à l'échelle du monde, il est de bonne méthode de ne pas se contenter d'interpréter ces processus de diffusion du seul point de vue des diffuseurs, mais il convient d'adopter aussi le point de vue de leur réception, c'est-à-dire celui des récepteurs. En l'espèce, le point de vue des diffuseurs est celui des hommes d'État, fonctionnaires internationaux, membres d'associations non gouvernementales et juristes experts en droit international et constitutionnel qui contribuent à l'élaboration du réservoir. Ils se trouvent en général au centre de la Métropole Globale, c'est-à-dire à l'Ouest. Quant aux récepteurs, ils se situent de l'autre côté du « front de la modernisation<sup>17</sup> » et ne se confondent pas avec les « modernisateurs » locaux, au premier rang desquels on trouve souvent des experts juristes. Adopter le point de vue des récepteurs revient à se demander, par exemple, ce que peut signifier – du point de vue de l'articulation de la constitution et de son *démos* – l'expérience d'adopter d'une constitution clef en main, dont il s'avère qu'elle a été entièrement écrite par le staff du Général en Chef de l'armée qui vient de vous vaincre et occupe votre territoire (cas japonais). La réponse est à chercher du côté de l'expérience collective vécue par les Japonais (et pas seulement par les juristes modernisateurs japonais). Vous me direz que la tâche devient compliquée, parce qu'il faut se mettre à parler japonais, thaïlandais, ou colombien, élargir l'analyse bien au-delà des communautés de modernisateurs locaux, sortir des communautés de juristes savants avec lesquels nous avons coutume de discuter, pour s'intéresser à la signification historique et politique de ces phénomènes de réception jusque chez les citoyens ordinaires. Et vous ajouterez que tout cela requiert des protocoles théoriques difficiles à mettre en œuvre *quand on se situe au centre (c'est-à-dire à l'Ouest)*. Cette difficulté est peut-être le signe que les périphéries de la Westphalie sont désormais les observatoires privilégiés de la globalisation.

Non seulement on ne peut pas présumer que le réservoir constitutionnel est le mode de coordination et d'articulation universel qui permet d'organiser les collisions entre régimes normatifs hétérogènes, mais il n'est pas certain que les éléments issus de ce réservoir restent identiques à eux-mêmes lorsqu'ils se trouvent intégrés dans un de ces régimes. Il est même bien possible qu'une fois plongés dans un autre bain (Gunther Teubner dirait un autre système), ces divers éléments ne ressemblent plus du tout à ce qu'ils étaient au départ, aussi bien quant à leur effectivité qu'à leur signifi-

---

<sup>15</sup> M. XIFARAS et K. OHJI, *Éprouver l'universel*, Paris, Kimé, 1999.

<sup>16</sup> B. S. CHIMNEY, « Global Administrative Law: Winners and Losers », <https://www.researchgate.net/publication/265196956>

<sup>17</sup> L'expression est de B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, *op. cit.*, p. 20.

cation. Prenons un nouvel exemple, toujours au Japon : voici une constitution dont l'article 9 interdit explicitement que soient maintenues « des forces terrestres, navales et aériennes ». Cette constitution est à n'en pas douter de la même facture que nos constitutions nationales ordinaires. Pourtant, il semble bien que l'État japonais soit doté d'une armée robuste au budget conséquent. Est-ce à dire que la constitution japonaise ne « constitue » pas l'État japonais au sens que l'on donne ordinairement à ce terme ? Faudrait-il alors chercher sa « constitution » ailleurs que dans sa constitution ? Par exemple dans le triangle qui unit le *Big Business*, la haute administration et le Parti Libéral Démocrate ? Ou encore ailleurs ? Et si c'est le cas, à quoi sert la constitution de 1945, quelle est la signification historique et politique de son adoption ? L'exemple japonais est d'autant plus intéressant que ce pays a la réputation d'être le bon élève de l'Asie, le meilleur importateur de modernité occidentale de la région, la preuve empirique d'un triomphe universel possible des idéaux libéraux et démocratique par le droit, *même en Asie*. Il se pourrait que cette vue soit beaucoup plus superficielle qu'il y paraît. En tout cas, il ne suffit pas de puiser à pleine main dans le réservoir du DCG pour être certain d'avoir fait avancer la cause du DCG. Pour le savoir, il faudrait adopter le point de vue de ceux qui se trouvent de l'autre côté du « front de modernisation », non pas les modernisateurs (même locaux) mais les *modernisés*. Et si l'on n'opère pas ce *décentrement*, on court fort le risque de se « raconter des histoires », pour reprendre l'expression que Denis Baranger a versée à la discussion.

De même qu'on n'est pas obligé de prendre le *Global Turn* si l'on veut rester en Westphalie, on n'est pas obligé non plus de décentrer sérieusement la perspective globale qu'on adopte. On peut toujours décider d'être un *Global Professor* bien installé au centre de la Métropole Globale d'où l'on se contentera d'interpréter la globalisation des phénomènes juridiques du seul point de vue de la diffusion de ses propres projets. Mais peut-être alors sera-t-on alors parfois hanté par l'inquiétude sourde de se raconter des histoires, sans avoir jamais les moyens de le savoir. Une inquiétude qui, d'après Martti Koskeniemi, est le destin des *Gentle Civilizers*<sup>18</sup>.

## V

Je voudrais conclure en disant un dernier mot à propos de la troisième prémisse du DCG : y a-t-il un rapport entre la diffusion mondiale des outils du DCG et les progrès du libéralisme ou de la démocratie ? Les partisans du projet nous l'assurent et voient dans la diffusion du DCG l'indice du progrès des libertés et de la démocratie. Comme le disait fort justement Sabino Cassese, le constitutionnalisme s'est forgé en Westphalie dans la lutte contre l'arbitraire de la monarchie absolue. Il en a gardé une affinité élective avec la protection des droits humains et le partage du pouvoir. Est-ce toujours vrai à l'échelle globale ? La question est difficile, douloureuse peut-être. Il est vrai que les éléments juridiques contenus dans le réservoir ont diffusés à peu près partout : l'immense majorité des États sont désormais

---

<sup>18</sup> M. KOSKENIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

dotés de constitutions et de cours constitutionnelles, la protection des droits humains a diffusé par voie d'intégration horizontale dans tous les ordres juridiques, au moins formellement. Cela rend-il les régimes en question plus libéraux ou plus démocratiques ? On peut fortement en douter, pour une raison simple : la valence politique des éléments juridiques contenus dans le réservoir est *réversible* : l'adoption d'une constitution, la mise en place de mécanismes de justice constitutionnelle ou le recours à des dispositifs de protection des droits humains peuvent servir des projets libéraux, mais aussi des projets autoritaires. En Égypte, au sortir du Printemps arabe, ce sont les tanks qui ont gagné, au moment où le pays s'est doté d'une nouvelle constitution, que je vous invite à relire pour constater à quel point elle est libérale. Pour dire les choses de manière abrupte, rien n'indique que le recours aux outils juridiques du droit constitutionnel soit une condition suffisante pour l'établissement de régimes libéraux et/ou démocratiques. Et ce n'est pas seulement un problème d'effectivité ou de « forme qui précède le fond », parce qu'on peut fort bien imaginer des constitutions qui seraient en tout point des constitutions au sens technique du terme, sans pour autant promouvoir la liberté ou l'autonomie politique. Il est d'ailleurs possible que le destin historique du DCG soit précisément, par son succès, de hâter et d'approfondir cette déconnexion : plus les outils constitutionnels contenus dans le réservoir seront diffusés largement, moins ils seront liés aux idéologies politiques qui leur ont donné naissance. Plus le projet s'impose, moins il triomphe. Et il se pourrait qu'on assiste désormais, de la Hongrie à la Turquie, des États-Unis à la Russie ou à la Chine, à l'émergence de doctrines constitutionnalistes autoritaires très enclines à faire usage de la technique juridique à des fins qui n'ont rien à voir avec la liberté et la démocratie. L'examen d'une telle évolution mériterait sans doute un nouveau colloque. Je conclus celui-ci en adressant, une fois encore, aux intervenants, au public, aux organisateurs, particulièrement Manon Altwegg-Boussac et Denis Baranger, de très chaleureux remerciements.

**Mikhail Xifaras**

*Professeur des Universités, École de droit de Sciences Po.*

Archives :

Charles Eisenmann : chroniques sur le III<sup>e</sup> Reich





## Olivier Beaud

### PRÉSENTATION DES ÉCRITS DE CHARLES EISENMANN

Les deux textes de Charles Eisenmann que nous présentons ici s'intitulent respectivement « L'organisation constitutionnelle du Reich » (20 juin 1934) et « Le gouvernement de l'État national-socialiste » (20 novembre 1935). Ils traitent de l'Allemagne hitlérienne, et plus exactement des deux premières années de ce nouveau régime politique qui détruit en moins de deux années le régime de Weimar pour instaurer, d'ailleurs sans révision formelle de la Constitution, le pouvoir sans partage du Führer dans toute l'Allemagne.

Ces deux articles ont été publiés dans le *Bulletin mensuel jaune* qui était une revue de l'office d'information allemande à Strasbourg du Centre d'études germaniques de l'Université de Strasbourg, qui redeviendra, fin 1935, la revue *L'Allemagne contemporaine*<sup>1</sup>. Cette revue quasi confidentielle, réservée en réalité aux connaisseurs de l'Allemagne contemporaine, est publiée sous la forme d'un document sommairement photocopié. Ces deux articles ne sont pas mentionnés dans la bibliographie établie dans le *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann* (Paris, Cujas, 1974) et ils ne figurent pas davantage dans le très utile recueil des textes de ce dernier, édité en 2002 par Charles Leben, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* (Paris, Presses de l'Université de Panthéon-Assas, 2002, 668 p. – ouvrage semble-t-il épuisé d'ailleurs). Nous avons eu la chance de les découvrir, par hasard, à l'occasion de nos recherches, en 1992, sur la réception de Carl Schmitt en France qui se concentrait alors sur René Capitant. C'est dans cette même revue, le *Bulletin mensuel jaune*, que nous avons découvert fortuitement une série remarquable d'articles de Capitant, le grand ami de Charles Eisenmann, sur le régime nazi – écrits que nous avons réunis plus tard en un volume paru à Strasbourg grâce à l'amicale complicité d'Olivier Jouanjan et de Patrick Wachsmann<sup>2</sup>.

Les deux articles de Charles Eisenmann que nous proposons ici au lecteur constituent une belle analyse constitutionnelle du régime national-socialiste en train de naître. Le premier texte est en effet rédigé lors de la première année du pouvoir, qui avait permis de se faire une idée de l'évolution autocratique du régime qui n'avait pas aboli la république de Weimar. Quant au second, il est écrit probablement à la fin de l'année 1934, année décisive, celle qui vit survenir la *Nuit des longs couteaux* (30 juin 1934) et, le 2 août, la mort du maréchal Hindenburg, Président du

---

<sup>1</sup> Cette revue, qui paraît sous forme de feuilles modestement agrafées, se trouve dans deux bibliothèques : à la Bibliothèque Nationale, et à la BIU de Clermont-Ferrand. En 1936, Eisenmann y publie sa traduction des lois de Nuremberg : « Les lois de Nuremberg », *Allemagne contemporaine*, janv. 1936, p. 10-13.

<sup>2</sup> Voir René CAPITANT, *Face au nazisme*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

Reich, celui qui avait appelé Hitler à former le dernier gouvernement du régime de Weimar, le 31 janvier 1933. Le Führer ne perd pas de temps pour conforter son pouvoir, puisqu'il fait adopter immédiatement après la mort de Hindenburg un décret-loi unissant les fonctions de Président du Reich et de Chancelier. Il en résulte, selon ce décret, que les « pouvoirs que le Président du Reich exerçait jusqu'à présent sont remis au Führer et au vice-Chancelier. » C'est à ce double événement que Charles Eisenmann réagit. Son premier article de 1934 diagnostique l'évolution du régime vers la dictature, mettant d'abord l'accent sur la fameuse « *Gleichschaltung* » des Länder, la destruction du fédéralisme – la fin des États fédérés – pour ensuite, démontrer la mise au pas de la démocratie parlementaire. Quant au second article, il décrit l'établissement d'un pouvoir absolu, celui de Hitler, auquel aucun contre-pouvoir ne peut être opposé, et fait le lien avec la militarisation et l'embrigadement de la société par un régime. Sans avoir la profondeur des analyses de René Capitant, qui avait eu, en 1933-1934, le "privilege" de vivre sur place la révolution hitlérienne, ces deux articles sont le témoignage lucide d'un juriste sur l'instauration de cette « dictature totalitaire » (second article) dont le ressort est le militarisme, et dont l'horizon ne pourra être que la guerre. Eisenmann est, à l'instar de Capitant, un juriste qui sait qu'une analyse constitutionnelle est impensable sans penser les ressorts d'un régime.

Une présentation scientifique aurait exigé quantité de notes de bas de page pour expliquer certaines allusions ou préciser certains points. Nous y avons renoncé et avons seulement pris le parti de donner une traduction, placée entre crochets, de certains mots allemands. On voit bien que l'auteur s'adresse à un public de connaisseurs, car il ne traduit pas toujours les termes allemands, les supposant connus de ses lecteurs. Nous avons pris le parti de ne pas modifier le texte de l'auteur, mais, pour bien comprendre sa pensée sur le point précis de la question fédérale, il faut savoir que Eisenmann utilise systématiquement le substantif « Provinces » ou l'adjectif « provincial » (pour « gouvernement provincial ») là où il faut tantôt lire « *Land* » (ou « *Länder* » au pluriel) ou « État fédéré » (ou encore « État membre »), tantôt l'adjectif « fédéré ».

Pour conclure, on se permettra de formuler un constat un peu triste : à l'Université de Strasbourg, il y avait, entre 1933 et 1939, deux jeunes très grands juristes (Eisenmann et Capitant), parfaitement germanophones, qui avait tout compris du nazisme et du régime et qui l'ont écrit. Pourtant, leurs analyses n'eurent aucun écho.

### **Olivier Beaud**

*Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas et directeur de l'Institut Michel Villey.*

# Charles Eisenmann

## CHRONIQUE DE POLITIQUE INTÉRIEURE, 20 JUIN 1934 L'organisation constitutionnelle du III<sup>e</sup> Reich : de Weimar à Potsdam \*

**D**epuis quelques mois déjà, le III<sup>e</sup> Reich est définitivement constitué, doté d'une organisation politique complète et qui doit durer. Nous voudrions dans les lignes qui suivent en dégager d'abord les principes et les traits essentiels, ensuite l'inspiration profonde.

### I

La doctrine constitutionnelle de l'État national-socialiste est fort simple : l'État, dit-elle, doit être dirigé par une volonté unique ; un chef, un seul individu-chef doit en assumer le gouvernement publiquement et en pleine conscience, mais aussi en pleine indépendance, n'étant responsable qu'envers lui-même. Tous autres, organes étatiques ou particuliers, doivent se conformer à sa volonté, lui obéir.

C'est la formule de la dictature autocratique ; c'est bien celle du III<sup>e</sup> Reich. Deux traits caractérisent ce régime : le pouvoir illimité d'un seul ; l'irresponsabilité du dictateur ou mieux son inamovibilité. L'un et l'autre se trouvent dans la constitution présente de l'Allemagne.

Tout le pouvoir, c'est-à-dire un pouvoir sans limites, y appartient en définitive à un seul : le « *Führer* » en sa qualité de chancelier d'Empire.

### A.

Sans doute, ce n'est pas de cette façon que les textes pris à la lettre présentent les choses : à s'en tenir à eux, on croirait que cette plénitude de pouvoirs appartient à un collège : le gouvernement d'Empire, c'est à lui en effet qu'ils ont opéré les délégations de pouvoir que nous allons analyser. Mais il suffit d'observer que ce gouvernement d'Empire n'est point un véritable collège, un collège d'égaux : dans la théorie du régime tout au moins, les simples ministres d'Empire ne sont que les ministres du chancelier, les instruments de sa volonté souveraine ; il commande, ils contresignent et exécutent ; naturellement, il peut prendre conseil d'eux, mais il pourrait aussi décider seul. L'activité de tous les ministres repose, nous dit un commentaire

---

\* Ce texte et le suivant sont les transcriptions, par Madame Éva Martinez et révisées par le Professeur Olivier Beaud, de deux chroniques rédigées par Charles Eisenmann et publiées dans le *Bulletin mensuel jaune*, revue de l'office d'information allemande à Strasbourg du Centre d'études germaniques de l'Université de Strasbourg. Les transcriptions reproduisent exactement la typographie et la ponctuation des originaux dactylographiés. Les très peu fréquentes interventions sur le corps du texte, limitées à la correction de rares coquilles ou à la traduction française de termes et locutions allemands, sont signalées par des crochets. Les chiffres entre crochets renvoient à la pagination de l'original. Les titres, sous-titres, divisions du texte ainsi que les notes de bas de page appelées par des chiffres arabes sont de la plume d'Eisenmann.

fort officieux, sur la volonté du seul « *Führer* » ; ils ne font qu'exécuter les instructions données par lui. On peut donc dire qu'il constitue à lui seul le gouvernement.

Or, ce gouvernement a aujourd'hui un pouvoir absolu.

C'est le résultat d'une double série de mesures.

D'une part, le gouvernement s'est approprié tout ce qui constituait jusqu'alors le pouvoir central. D'autre part, il a fait de ce pouvoir central le seul pouvoir dans l'État.

D) L'appropriation du pouvoir central a eu lieu en deux temps.

a) Deux mois environ après son accession, déjà, le 24 mars 1933, la « loi en vue de surmonter la détresse du peuple et de l'Empire (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*) », plus connue sous la dénomination abrégée et directe d'*Ermächtigungsgesetz* (nous dirions : loi de pleins pouvoirs)[,] délégua au gouvernement les pouvoirs législatifs et même constituant dans une mesure extrêmement large : il recevait les droits d'édicter de sa seule autorité, en dehors de toute intervention aussi bien [195] du président d'Empire que du Parlement des lois portant sur un objet absolument quelconque, même les finances et le budget, même l'organisation constitutionnelle ; le gouvernement était en effet autorisé en règle générale, à déroger par ces « lois gouvernementales (*Regierungsgesetze*) » comme on les appela, à la Constitution de Weimar, officiellement toujours en vigueur, mais mise de la sorte à sa discrétion.

Ce pouvoir si étendu comportait cependant encore trois limitations (art. 2). Deux à vrai dire ne comptaient pas : l'interdiction de porter atteinte à l'existence du Reichstag ni à celle du Reichsrat, organes déjà annihilés en fait. Par contre, la déclaration d'intangibilité des prérogatives attribuées au président d'Empire par la Constitution de Weimar (et non seulement de l'institution de la présidence de l'Empire) avait une portée. Tout au moins une portée symbolique : il ne faut pas oublier en effet que précisément par cette *Ermächtigungsgesetz*, le Président abdiquait au moins à terme – pour trois ans ou jusqu'au remplacement du cabinet Hitler ou un autre (art. 5) – l'une des plus importantes d'entre elles, le contrôle qu'elle lui donnait sur la législation : les lois décidées par le gouvernement devaient être promulguées par le chancelier seul et de la sorte, le président, non appelé à les signer, ne pouvait ordonner un référendum à leur sujet s'il les désapprouvait. Du moins affirmait-il, par cette restriction, son existence et sa position indépendante du gouvernement.

b) Ces dernières limitations ont aujourd'hui disparu. La loi sur la reconstruction (*Neuaufbau*) de l'Empire du 30 janvier 1934, jour anniversaire de l'avènement du cabinet Hitler, a substitué aux dispositions en question – sans d'ailleurs les abroger formellement – la simple petite phrase suivante : « le gouvernement d'Empire peut édicter des règles nouvelles de droit constitutionnel (*neues Verfassungsrecht*)[ »]. Sous des apparences, presque anodines, c'est un pouvoir constituant absolument illimité que le gouvernement s'est fait reconnaître.

Et cela, en réalité, irrévocablement, car, officiellement, il a laissé subsister le pouvoir concurrent des organes weimariens dont il a prorogé l'existence, s'il n'a pas demandé la proclamation formelle du caractère exclusif de son pouvoir, il a fait à ces organes une position telle, on le verra, qu'il les a[,] en réalité, dépouillés, de tout pouvoir et n'a plus rien à craindre d'eux...

II) Maître du pouvoir central, le *Führer* en a fait le seul pouvoir de l'État. Supprimant l'organisation fédéraliste et même toute décentralisation, il a constitué l'Allemagne, non pas seulement [en État] unitaire, mais encore en État politiquement centralisé à outrance, où toutes les autorités locales, rigoureusement subordonnées au chef du gouvernement de l'Empire et à ses collaborateurs par le double lien de la nomination et révocation et du pouvoir hiérarchique, ne constituent qu'un seul vaste corps d'agents exécuteurs des volontés du pouvoir central, c'est-à-dire en dernière analyse du dictateur, son chef.

Cette transformation radicale – élément nécessaire d'une autocratie parfaite, qui n'admet par définition même aucun pouvoir indépendant – n'a pas non plus été accomplie d'un seul coup, mais par une série de lois successives, qui ont réalisé d'abord la *Gleichschaltung* (c'est-à-dire la mise en harmonie, la conformation) *der Länder mit dem Reich* [c'est-à-dire la mise au pas des Länder par le Reich], puis le *Neuaufbau*, la reconstruction du Reich.

a) Une première « loi de *Gleichschaltung* » du 31 mars 1933, qui se donnait elle-même pour provisoire, prescrivait la dissolution des Diètes provinciales [des Parlements des États fédérés] – ainsi d'ailleurs que des conseils des *Selbstverwaltungskörper* [des collectivités locales] et la formation de nouvelles assemblées d'après les chiffres des élections au Reichstag, à l'exclusion naturellement des voix communistes. Elle réalisait ainsi la « *parlamentarische Gleichschaltung* » [la mise au pas du parlementarisme].

[196] Ayant par là même assuré la similitude politique des gouvernements provinciaux – élus des Diètes – au gouvernement d'Empire, elle pouvait calquer leur situation sur la sienne et leur donner le pouvoir législatif pour la province dans les mêmes conditions qu'il l'avait [été] pour le Reich ; ils étaient notamment autorisés à déroger aux constitutions provinciales en vue de réorganiser l'administration et de fixer les compétences.

b) Mais quelques jours plus tard seulement, le 7 avril 1933, le gouvernement publiait la seconde loi de *Gleichschaltung*, qu'on a pris l'habitude d'appeler, du nom de l'organe nouveau qu'elle créait, (*Reichsstatthaltergesetz*), cette loi plaçait en effet à la tête de chaque Land ou groupe de Länder<sup>1</sup>, à l'exception de la Prusse, un *Reichsstatthalter* ou gouverneur

---

<sup>1</sup> Le § 2 alinéa 2 prévoit en effet la possibilité de nommer un *Reichsstatthalter* commun pour plusieurs *Länder* dont chacun comptera moins de deux millions d'habitants, c'est-à-dire tous les *Länder* autres que la Bavière, la Saxe, le Wurtemberg et le Bade. (La Prusse étant exclue par ailleurs).

d'Empire, nommé par le président d'Empire (§ 1, al. 1)<sup>2</sup>. [À] cet agent du gouvernement central et de son chef, elle [Hii] donne pour mission de « veiller à l'observation des lignes directrices de la politique établies par le chancelier d'Empire », c'est-à-dire, selon l'expression d'un commentateur, une « *allgemeine Gleichschaltungsaufgabe* » [une mission générale de mise au pas] – la loi fait une sorte de chef d'État qui ne gouverne pas mais qui, tenant l'organe gouvernant dans sa dépendance et dans sa dépendance exclusive, peut en contrôler donc en diriger l'action à sa guise... Désormais, en effet, le gouvernement provincial [de chaque Land] est nommé par le *Reichsstatthalter* – le président discrétionnairement, les autres membres sur sa proposition – et révoqué par lui (§ 1, (1), 2° al., 1°) et par lui seul (la loi (§ 4) croyait devoir indiquer formellement – ce qui n'a pas été fait pour le Reichstag – que les *Landtage* ne pourraient émettre de vote de défiance contre le gouvernement provincial[]). Il n'est dès lors qu'un organe auxiliaire et subordonné, un instrument du gouverneur. Comme un chef d'État, celui-ci – qui peut présider les séances du gouvernement (al. 3) – promulgue et publie toutes les lois provinciales, même – en fait, dès l'origine il n'y en eut pas d'autres – les lois gouvernementales (*ib.*, 3°) ; nomme et révoque, sur la proposition du gouvernement, les fonctionnaires provinciaux immédiats et les juges qui étaient auparavant nommés par l'autorité provinciale suprême (*ib.*, 4°)<sup>3</sup>.

Un règlement spécial était établi pour la Prusse ; on voulait[,] en effet, placer la plus importante des Provinces [des Länder] plus directement, plus immédiatement dans la main du chancelier d'Empire – dictateur, comme une sorte d'apanage ; on en fait le chef ; c'est lui qui a vis-à-vis de la Prusse les droits de *Reichsstatthalter* [de gouverneur] ; il peut toutefois déléguer l'exercice de ses principaux pouvoirs, pouvoirs en matière de législation et de nomination des fonctionnaires, au premier ministre, afin de renforcer sa position (ce qu'il a fait par un décret du 25 avril 1933). L'union personnelle des organes d'Empire et des organes prussiens ne se limite d'ailleurs pas au chef du gouvernement : la loi prévoit (al. 2) que les membres du gouvernement d'Empire peuvent être en même temps membres du gouvernement provincial prussien.

[197] Le chancelier pourrait, par exemple, assumer encore les fonctions de ministre-président, c'est-à-dire cumuler pour la Prusse la qualité de chef d'État et de chef du gouvernement. La Prusse est ainsi devenue *reichsunmittelbar* [immédiatement soumise au Reich].

c) Enfin, la loi du 30 janvier 1934 sur la nouvelle organisation du Reich a[,] au moins dans le principe, parachevé l'unification et la centralisation.

1°) Elle a d'abord réalisé l'unité de la « représentation populaire » dans l'Empire en supprimant les Diètes provinciales (article 1). Simple consécration de l'état de fait du reste, car au lendemain de la dissolution du Reichs-

---

<sup>2</sup> L'institution d'une « nationalité allemande unitaire » par le 2° règlement complémentaire de la loi sur la reconstitution du Reich, du 6 février 1934, a rendu caduque la condition d'appartenance du gouverneur au Land dont il exerce la puissance publique que posait le § 2 (1).

<sup>3</sup> Il avait aussi le droit de dissoudre la Diète et à ordonner de nouvelles élections (*ib.* 2°).

tag qui avait entraîné la leur par application d'une disposition de la première loi de *Gleichschaltung*, le gouvernement avait donné l'ordre d'en ajourner l'élection.

2°) Elle a ensuite réalisé l'unité dans la direction des diverses branches de l'administration.

Le *Reichsstatthalter*, découronné, a cessé d'être, si l'on peut dire, le central de la province. Les fils relient désormais directement chaque branche de l'administration centrale aux postes provinciaux correspondants, pour pénétrer ensuite jusqu'aux dernières subdivisions territoriales. Chaque ministère d'Empire a son relai[s] provincial. La loi soumet en effet chacun des membres du gouvernement provincial au pouvoir hiérarchique direct du membre du gouvernement d'Empire placé à la tête du ressort correspondant (art. 2, al. 2). Il en résulte évidemment que le *Reichsstatthalter* [le gouverneur] ne pourra plus les nommer et les révoquer librement, c'est-à-dire sans le consentement du ministre d'Empire[,] leur supérieur hiérarchique. D'ailleurs, la sphère d'initiative du *Reichsstatthalter* est considérablement restreinte, il est lui-même placé désormais sous le pouvoir hiérarchique du ministre d'Empire de l'Intérieur (art. 3) qui pourra toujours lui donner des ordres ou même se substituer à lui. Déchéance complète d'un ex-sous-Führer remis à l'alignement.

Par conséquent les ministres d'Empire assurent directement la gestion de toutes les affaires de leur ressort dans toutes les Provinces, toutes les branches de l'administration sont dirigées du centre par le gouvernement d'Empire.

3°) Enfin, la loi a consacré théoriquement l'unification du pouvoir qu'elle réalisait ; elle a condamné la distinction du pouvoir provincial (*Landesgewalt*) d'avec le pouvoir d'Empire (*Reichsgewalt*) en proclamant le transfert au Reich des « droits de souveraineté » des Länder (art. 2, al. 1) ; tout pouvoir est désormais d'Empire ; le caractère unitaire du Reich est officiellement proclamé.

Sans doute, toutes les conséquences pratiques de ce principe n'ont pas encore pu être tirées : le Reich était hors d'état d'assurer immédiatement la gestion directe de tout le domaine d'activité qui appartenait jusqu'alors aux Länder ; l'unification totale n'est pas encore réalisée. Le ministre de l'Intérieur – chargé de préparer l'exécution de la loi (art. 5) – a re-délégué aux autorités provinciales (pas aux Provinces !) l'exercice des droits de souveraineté transférés au gouvernement d'Empire, et de même au président d'Empire pour ceux qu'il avait hérités personnellement (nomination des fonctionnaires, droit de grâce). Cet exercice a lieu, c'est-à-dire que tous les actes sont faits, au nom du Reich ; la délégation est non seulement provisoire et révocable, mais encore dérogeable à tout moment ; elle n'a lieu que dans la mesure où le Reich ne fait pas usage de ces droits, d'une manière générale ou dans un cas particulier (1, § 1) (premier règlement sur la reconstitution du Reich du 2 février 1933) et les autorités provinciales sont subordonnées aux autorités d'Empire, c'est-à-dire doivent se conformer à leurs ordres. (§ 4).

[198] La législation provinciale n'est pas abolie : il peut y avoir des lois spéciales à une province. Mais seulement si le gouvernement législateur d'Empire le veut, non seulement le domaine de la législation d'Empire est

illimité et par suite celui de la législation provinciale est purement précaire, mais encore les lois provinciales doivent être approuvées par le ministre d'Empire compétent (§ 1, (1), les *Reichsstatthalter* devant mentionner cette approbation en promulguant – publiant la loi<sup>4</sup> ; et comme ces lois seront l'œuvre de simples agents du gouvernement, les ministres provinciaux, on peut dire qu'en réalité c'est le gouvernement d'Empire qui légifère pour les Länder aussi ; en d'autres termes, le gouvernement d'Empire titulaire unique de l'intégralité du pouvoir législatif, peut, soit légiférer uniformément pour le Reich, soit établir pour les différents Länder ou pour un ou quelques-uns d'entre eux déterminés une législation distincte ou spéciale.

Par contre, la juridiction a déjà été transférée tout entière à l'Empire par la loi du 16 février 1934, dont l'article premier prononce que « tous les tribunaux allemands jugent au nom du peuple allemand ».

La disparition de toute autonomie des Länder comme celle de toute liberté quelconque ruinait à la base même le fédéralisme, c'est-à-dire leur association au pouvoir central (la loi gouvernementale du 14 février 1933 n'a fait que reconnaître cette évidence) en supprimant l'organe appelé à les représenter « dans la législation et l'administration de l'Empire » (Constitution de Weimar (art. 60)[,]) le Reichsrat, comme également les représentations des Länder auprès du gouvernement d'Empire.

## B.

Ainsi, tous les pouvoirs – la direction suprême du pouvoir exécutif unique, le pouvoir législatif unique et le pouvoir constituant unique (ces deux derniers se confondant d'ailleurs du fait de cette réunion) – sont aujourd'hui en réalité entre les mains du gouvernement d'Empire, c'est-à-dire du chancelier. Ce chancelier tout puissant est en même temps inamovible.

Sans doute ici, encore, les nouveaux maîtres ne se sont pas souciés de mettre le droit écrit d'accord avec la réalité politique et même avec leur propre doctrine constitutionnelle. Ils n'ont pas non plus formellement abrogé les textes de la Constitution de Weimar qui consacraient le régime parlementaire et démocratique en plaçant le gouvernement dans la dépendance du président d'Empire et du Reichstag investis tous deux du pouvoir de révoquer directement ou indirectement, et, par l'intermédiaire de ces deux organes, dans la dépendance du peuple qui les élit. De sorte que d'après les textes, le Président et le Reichstag tiendraient entre leurs mains le sort du dictateur – qui ne serait dès lors plus un véritable autocrate. Mais la réalité est, bien entendue, toute différente et même exactement inverse : ce sont le Président et le Reichstag, et par là même le peuple qui sont dans la main du dictateur ; il les a annihilés ou domestiqués ; il est par suite absolument indépendant. Comment d'ailleurs un organe tout-puissant, un organe souverain, accepterait-il de dépendre en effet de qui que ce soit ?

---

<sup>4</sup> Chacun d'eux peut aussi ordonner pour son ressort que les *Rechtsverordnungen*, c'est-à-dire les règlements concernant les particuliers et non seulement les agents publics lui soient soumis avant publication. (§ 1 (2)). Cette disposition répond au fait que le droit provincial peut être édicté de cette façon aussi bien que par la loi, parce qu'il n'y a plus de différence essentielle entre les deux sortes d'actes, les uns et les autres de la compétence du gouvernement.



Du président d'Empire, – aujourd'hui fantôme sans pouvoir, qui ne subsiste plus, lui aussi, que par la grâce du dictateur, et dont la fonction même est sans doute appelée à disparaître avec son titulaire actuel, – celui-ci ne dépend plus parce que ce n'est pas de sa confiance qu'il tient [199] son autorité mais d'autres forces contre lesquelles le président semble actuellement impuissant.

Quant au Reichstag, il est en réalité nommé par le chef du gouvernement ou ses subordonnés ; ce sont eux en effet qui désignent les candidats du parti national-socialiste et aucune autre candidature n'est admise. On conçoit ce que peut signifier la dépendance du gouvernement par rapport à un tel Parlement ! D'ailleurs le gouvernement le convoque à son gré, et, en effet, il n'a par hypothèse aucun pouvoir à exercer, puisque le gouvernement peut tout par lui-même et à lui seul. Ce n'est qu'une troupe d'auditeurs-acclamateurs, une claque assurée que le dictateur commande quand il désire parler de la « tribune du Reichstag ».

Inutile, dès lors, d'insister sur la nullité du pouvoir du peuple. Il élit deux organes nuls ; (encore le Reichstag n'est-il en réalité élu que par les citoyens nationaux-socialistes, les autres ne pouvant voter pour un candidat de leur opinion). Une loi du 13 juillet 1933 prévoit bien, en outre, des plébiscites sur des mesures protégées par le gouvernement, mais c'est à la discrétion de celui-ci, qui n'est jamais obligé ni d'y céder, ni de tenir compte de leur résultat... sauf quand il lui est favorable<sup>5</sup>.

### C.

Il est dans la logique des régimes dictatoriaux de s'épanouir en un système d'absolutisme politique et spirituel, d'exclure toute liberté d'opinion et d'action politiques et de préparer, sur une plus ou moins grande échelle, l'uniformisation des esprits. La dictature hitlérienne n'échappe pas à la règle. Mais en outre – c'en est l'aspect relativement original, et d'ailleurs au fond le seul –, autocratie d'allures militaires, elle prépare aussi l'enrôlement de la nation tout entière dans une immense armée de la dictature, afin de la mettre comme une troupe dans la main du *Führer*.

Les formations politiques sont interdites en Allemagne, sauf une, le parti national-socialiste. Tous les autres partis existants ou ont été dissous comme « ennemis du peuple et de l'État » (*Volks und staatsfeindlich*) – tels le [parti] communiste et [le parti] socialiste – et leur patrimoine confisqué, ou bien se sont, sur une « amicale pression », « librement et volontairement » dissous.

Et désormais, en vertu d'une loi du 14 juillet 1933, la formation d'un parti est interdite (ô ironie !) et frappée de lourdes peines<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> La loi prévoit bien que le chancelier promulguera la mesure si elle est approuvée par le peuple, mais ne dit – naturellement – pas qu'il ne la promulguera pas dans le cas contraire.

<sup>6</sup> Loi contre la formation de nouveaux partis politiques, § 1 : Le N.S.D.A.P. est le seul parti politique existant en Allemagne.

§ 2 : Celui qui entreprend de maintenir l'unité organisée d'un autre parti politique ou de former un nouveau parti politique est passible d'une peine de travaux forcés pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une peine de six mois à trois ans de prison, si ses actes ne tombent

Le national-socialisme a donc le monopole de l'organisation, c'est-à-dire pratiquement de l'action, et presque de l'existence politiques. Les adhérents eux-mêmes n'ont aucune liberté ; car, on y reviendra, leur parti [200] n'est point organisé démocratiquement, mais gouverné dictatorialement par les chefs qui l'ont créé, recruté et organisé ; une troupe plutôt qu'un vrai parti politique.

D'autre part, les dictateurs ont assumé la direction, le gouvernement spirituel (*geistige Führung*) de la nation. Ils ont créé ce ministère « *für Volksaufklärung und Propaganda* » [de l'éclaircissement du peuple et de la propagande] auquel ils assignent pour tâche : « l'action spirituelle sur la nation » (*die geistige Einwirkung auf die Nation*), « la détermination de l'orientation spirituelle » (*die Bestimmung der geistigen Richtung*), « la propagande pour l'État, la culture et la nation » (*die Werbung für Staat, Kultur und Nation*). Ce ministère doit grouper tous les intellectuels en une [« ]unité culturelle spirituelle (*geistige Kultureinheit*) ». Il a, naturellement, la haute main sur la presse, un des principaux instruments de cette vaste entreprise de compression-conformation spirituelle, sur cette presse à laquelle les maîtres assignent cyniquement pour rôle d'« imposer l'orthodoxie aux éléments récalcitrants et saboteurs » (*die Wohlmeinungen den renitenten und sabotierenden Elementen aufzudrücken*). Par ces procédés, on obtiendra rapidement une « jeunesse national-socialiste », une « jeunesse d'État » (*Staatsjugend*) et[,] par conséquent, après quelque temps, un peuple tout entier national-socialiste.

Un cadre sera, à ce moment, tout prêt à l'accueillir, à l'absorber : le parti national-socialiste avec ses diverses formations.

La dictature hitlérienne, comme la fasciste, ne se contente en effet pas de l'idée de maintenir le peuple en respect par la force de l'armée et de la police et de façonner son esprit. Elle veut lui donner l'impression qu'il joue un rôle actif dans la vie de l'État ; sans renoncer[,] bien entendu, à son pouvoir autocratique. C'est à cet effet qu'elle organise, quasi-militairement, ses partisans, qu'elle fait du parti une milice, qui devient naturellement, en sa qualité de seule formation politique admise, une milice d'État, armature populaire du régime.

Officiellement reconnu par la loi, qui le proclame support et force animatrice de l'État<sup>7</sup>, le parti national-socialisme est aujourd'hui érigé en organisme de droit public, en organisme d'État – il faut lire en réalité : militarisé –. Ses chefs ont le pouvoir d'appliquer ou de faire appliquer à leurs troupes des sanctions disciplinaires et pénales pour manquement à leurs obligations,

---

pas sous le coup d'une peine plus forte. – « Cette loi », dit un commentateur, « enterre pour l'éternité le cadavre des partis qui avait conservé jusqu'ici un semblant de vie ».

<sup>7</sup> § 1, (1) : « Après la victoire de la Révolution nationale-socialiste, le Parti national-socialiste allemand des travailleurs est le représentant (*Träger*) de l'idée allemande de l'État et indissolublement lié à l'État ».

§ 3 : « Les membres du N.S.D.A.P. et ses S.A. (y compris les organisations qui en dépendent) ont, en tant que force directrice et motrice de l'État national-socialiste, des obligations plus fortes vis-à-vis du *Führer*, du peuple et de l'État. »

et les autorités officielles leur doivent aide et assistance dans l'exercice de ce pouvoir<sup>8</sup>.

[201] En outre, – nouvelle manifestation du caractère de dictature de parti du régime hitlérien – les deux fonctionnaires les plus élevés du parti, après le Führer, – à qui il a délégué, en fait, la direction immédiate du parti – sous les ordres de son contrôle, afin de pouvoir se consacrer davantage à sa tâche de chef du gouvernement – ces deux fonctionnaires, le représentant du Führer – chef de l'organisation politique du parti – et le chef d'état-major des S.A., troupe d'élite du parti, sont de droit membres du gouvernement d'Empire, à titre de ministres sans portefeuilles naturellement. Par cette conjonction des chefs de l'État et des chefs du parti (*Staatsführer* et des *Parteiführer*) on veut assurer le maintien du contact entre les dictateurs et leurs troupes, de façon à éviter les risques de mésentente<sup>9</sup>.

Le jour où il n'y aura plus en Allemagne que des nationaux-socialistes, le peuple allemand sera donc tout entier englobé dans une organisation militaire ; il ne sera plus qu'une vaste armée de la dictature, solidement tenue en mains par ses chefs.

À qui ceux-ci la destinent-ils donc ?

## II

On ne comprend véritablement et pleinement une œuvre constitutionnelle que si on connaît les mobiles politiques de ses auteurs, les idées politiques dont ils ont poursuivi à travers elle et par elle la réalisation.

L'œuvre constitutionnelle de la dictature hitlérienne a pour principe et pour fin le nationalisme ; le souci de porter au maximum la puissance allemande, la puissance internationale de l'État allemand. Une telle politique exige la concentration au maximum de la force de la nation ; cette concentration maximum, comment pourra-t-elle être mieux assurée que par le gouvernement intégral de la vie de la nation par un pouvoir autocratique qui l'ordonnera à cette fin de puissance par la « dictature totalitaire » sur un peuple enrégimenté, militarisé ?

Écoutons un théoricien de la « révolution de droite », Roland Freisler :

---

<sup>8</sup> Même loi, § 1, (2) : « Il est une corporation de droit public. Ses statuts sont déterminés par le Führer[ ] » – § 3, (2) : Les membres du parti des S.A. et des formations rattachées au parti « sont soumis, en cas de violation de (leurs) obligations à une juridiction spéciale du parti et des S.A. » – § 4 : « Est considéré comme manquement aux obligations toute action ou abstention qui est dirigée contre ou menace l'existence, l'organisation, l'activité ou la considération du parti, spécialement pour les membres des S.A. (et des organisations qui en dépendent) tout manquement à la discipline et à l'ordre. » Le § 5 prévoit comme sanctions, en dehors des peines proprement disciplinaires (*Dienststrafen*), les arrêts et l'emprisonnement – § 6 : « Les autorités publiques doivent, dans la sphère de leur compétence, prêter aide et assistance aux instances du parti et des S.A. qui sont investies de l'exercice de la juridiction du parti et des S.A. »

<sup>9</sup> Même loi § 2 : « Afin de garantir la collaboration plus étroite des instances du parti et des S.A. avec les autorités publiques, le représentant du Führer et le chef d'état-major des S.A. deviennent membres du gouvernement d'Empire. »

« La démocratie admet la liberté, donc la diversité, donc la division ; elle affaiblit donc la puissance nationale : “un système qui atomise la force du peuple en divers pouvoirs rivaux” (*das die Volkskraft in verschiedene rivalisierende Gewalten atomisiert*), comme le fait le système de l’idéologie de l’État de droit démocratique, un tel système ne convient pas pour assurer le droit du peuple à la vie, vers l’intérieur et vers l’extérieur ». Pour cela, [« ]il faut ramasser et bander (*zusammenballen*) la force, de même que pour venir à bout du tank qui menaçait le front, il fallait une charge ramassée (*geballte Ladung*) ». Et il poursuit cet amateur de comparaisons pyrotechniques : « Cette mise en action de la charge concentrée de la force nationale, pour protéger la vie nationale, voilà notre conception de l’État de droit<sup>10</sup> ».

Et voici comment un juriste comment un juriste du III<sup>e</sup> Reich, M. Billinger, apprécie la transformation subie par l’Allemagne : « Désormais, après la substitution de l’État national à l’État fédéral de partis (*Parteienbundesstaat*), la base ferme est établie, de laquelle on pourra repartir au moment opportun vers le but d’une plus grande Allemagne. »

[202] La constitution du III<sup>e</sup> Reich apparaît ainsi comme une arme forgée pour le service d’une politique nationaliste, la dictature allemande comme la technique constitutionnelle du militarisme allemand.

Ne sont-ce pas ses parents ou parrains eux-mêmes qui l’ont baptisée la Constitution de Potsdam ?

Rarement nom de Constitution fut aussi juste, en exprima aussi bien l’essence et l’esprit.

Nationaliste et autocratique, n’est-ce pas l’authentique tradition de l’État prussien, l’« esprit de Potsdam » ?

Donnons encore la parole à l’un de ses légistes les plus autorisés et les plus marquants :

« Les forces de ce “militarisme” et de ce “socialisme” typiquement prussiens que l’esprit de l’“Occident” recommence aujourd’hui à honnir » écrit M. Otto Koellreuter, professeur à l’université de Munich, « sont précisément redevenues aujourd’hui les facteurs décisifs de la construction de l’État ».

Une réincarnation des valeurs politiques prussiennes, un nouvel [É]tat prussien, une grande Prusse modernisée, populaire et non plus monarchique et nobiliaire, mais d’autant plus puissante, une grande Prusse gouvernée autocratiquement, mais en même temps démagogiquement, ainsi peut-on caractériser le III<sup>e</sup> Reich, cette tyrannie démagogique au service du nationalisme. Ou, sous l’angle historique ; un retour à Potsdam.

Les fondateurs du II<sup>e</sup> Reich avaient essayé de transférer le centre spirituel de l’Allemagne à Weimar. Ceux du III<sup>e</sup> Reich sont revenus au point de départ à Potsdam. Ils ont seulement adapté l’antique château à l’époque présente. Il n’en est que plus redoutable.

**Charles Eisenmann**

---

<sup>10</sup> « Dies organisierte zum-Einsatz-Bringen der geballten Ladung der volklichen Kraft zum Schutz des Volkslebens ist unser Begriff vom Rechtsstaat. »

## Charles Eisenmann

CHRONIQUE DE POLITIQUE INTÉRIEURE, 20 NOVEMBRE 1935

### Le gouvernement de l'Allemagne nationale-socialiste

Le 2 août 1934 s'est achevée la transformation de l'Allemagne en un État national-socialiste, qu'avait annoncée un an et demi plus tôt, le 30 janvier 1933, l'accession d'Adolf Hitler à la chancellerie d'Empire. La mort du Maréchal Hindenburg, faisant entrer en vigueur une réforme décidée la veille par le gouvernement<sup>1</sup>, a amené la disparition du dernier vestige qui subsistât de l'époque weimarienne : le Président du Reich. À vrai dire, le vestige n'était plus, depuis six mois au moins, qu'une ruine : le maréchal n'avait conservé qu'un seul droit politique : la nomination et la révocation du chancelier et[,] sur la proposition de celui-ci, des ministres ; or, manifestement, ce droit devait rester de longtemps théorique vis-à-vis du chancelier Hitler, et il en résultait, par répercussion, que le Président ne pouvait non plus rejeter ses propositions relatives au choix ou au renvoi de ses collaborateurs (le « départ » du vice-chancelier von Papen au lendemain du 30 juin le prouva bien). D'ailleurs, n'avait-il pas capitulé sans condition entre les mains du gouvernement, c'est-à-dire en réalité de son chef, lorsqu'il avait souscrit, à la fin du mois de janvier 1933, à ce que celui-ci reçût le pouvoir de régler seul la constitution, ce qui impliquerait le droit de supprimer, s'il le voulait, la Présidence d'Empire ?<sup>2</sup> – Néanmoins, si minime qu'en fût l'importance politique, cette survivance faisait tache dans la constitution du III<sup>e</sup> Reich, ou plutôt faisait obstacle à ce qu'on achevât de lui donner une façade parfaitement en harmonie avec son aménagement intérieur. La mort du maréchal-Président a levé l'obstacle et permis, en ce sens, de rendre l'État allemand pleinement national-socialiste.

Une dictature totalitaire, – cette formule masque les deux traits essentiels du gouvernement de cet État, dont la constitution n'a en effet pas d'autres objet que de soumettre la vie nationale tout entière au pouvoir d'un seul. Elle indique par là même les deux aspects sous lesquels il faut successivement considérer cette constitution : la structure de l'appareil gouvernemental qu'elle institue ; l'activité qu'elle lui assigne – en termes un peu moins généraux dont le sens devra s'éclairer par la suite : le gouvernement de l'État ; le gouvernement de la nation.

#### 1) *Le gouvernement de l'État ou la dictature*

Le Reich national-socialiste est une dictature : un seul en droit le gouverne. Son nom officiel est « *Führer und Reichskanzler* » [Führer et Chan-

---

<sup>1</sup> Loi du 1<sup>er</sup> août 1934 sur le chef d'État de l'Empire allemand.

<sup>2</sup> Loi du 30 janvier 1934, art. 4 : « Le gouvernement d'Empire peut édicter des règles nouvelles de droit constitutionnel. » – Nous avons retracé les étapes de la transformation dans le « *Bulletin [Mensuel] Jaune* » du 20 juin 1934 (*L'organisation constitutionnelle du III<sup>e</sup> Reich*).

celier du Reich] ; il s'intitule encore parfois « chef de l'Empire et du peuple allemands (*Führer des Deutschen Reichs und Volkes*) »).

[283] Il mérite ce nom. La caractéristique du dictateur se rencontre bien en lui : un pouvoir sans bornes, ni d'étendue, ni de durée ; la toute-puissance à vie.

« *Quicquid jubere principi placuit, legis habet vigorem* », ce vieil adage qui définissait le pouvoir du monarque absolu convient au *Führer und Reichskanzler*. Ce qu'il veut a force de loi ; il peut donc tout vouloir ; aucune règle de droit supérieure ne limite la liberté de ses décisions, ni aucun veto d'un autre organe ; sa volonté est juridiquement toute puissante. En bref, il a la « *plenitudo potestatis* », le plein pouvoir.

De ce plein pouvoir, le Führer-chancelier Adolf Hitler s'est réservé l'exercice personnel de certains attributs. Il a au contraire délégué l'exercice de certains autres ; néanmoins, même de ces derniers, il reste le maître, car il a la haute main sur les organes investis de leur exercice : ils n'existent que par sa volonté ; il peut donc à tout instant régler leur compétence et même disposer de leur existence ; de ce fait, il tient entre ses mains le sort des titulaires de fonction. Il peut déterminer leurs actes par un moyen ou par un autre ; ils doivent s'incliner devant toute décision quelconque émanant de lui, l'appliquer ou l'exécuter. D'un mot, ils sont simplement ses délégués. C'est dire qu'en dépit des multiples délégations d'organes, le Führer-chancelier reste le maître du gouvernement de l'État, – au fond : l'unique gouvernant.

1°) D'abord, il tient en mains le gouvernement central.

Par sa double qualité d'organe législatif souverain et chef du « pouvoir exécutif ».

La première lui permet de régler par loi, comme il l'entend, n'importe quelle matière, y compris la constitution de l'État. (Il pourrait d'ailleurs, aussi bien, poser en forme de lois des décisions d'espèce, pour déroger régulièrement et de façon obligatoire pour tous, aux règles générales en vigueur, même aux règles législatives posées par lui.)

La seconde le fait chef de l'appareil de l'administration centrale<sup>3</sup>.

Les textes, il est vrai, ne s'accordent pas, à première lecture, avec cette présentation des choses<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Pour les juges en effet, – autre groupe d'organes exécutifs – il lui a plu de maintenir le principe de leur indépendance et sa garantie, leur inamovibilité. Principe et garantie bien précaires, qu'il peut toujours abroger ou tourner, en légiférant en vue d'une espèce ; – mais surtout politiquement indifférents au fond : ils concernent les litiges privés encore particuliers auxquels le « pouvoir » n'est pas intéressé ; les litiges d'intérêts politique, les juges n'en connaîtront pas : les principes nationaux-socialistes excluent l'exercice d'un contrôle sur la puissance publique et ses actes par des juges.

<sup>4</sup> Ces textes sont les deux lois successives qui ont réalisé l'« expropriation » gouvernementale du Reichstag, Reichsrat et du président d'Empire au profit du Führer qui n'était encore que chancelier : la loi du 24 mars 1933 « en vue de parer à la détresse du peuple et de l'Empire (*zur Behebung der Not von Volk und Reich*) », plus connue sous le nom de « loi

[284] Ce n'est pas au Führer personnellement qu'ils attribuent le pouvoir suprême, mais à la *Reichsregierung*, au gouvernement d'Empire, c'est-à-dire au collège des ministres. Seulement les ministres d'Empire sont[,] au sens plein du terme, les ministres du Führer-chancelier, c'est-à-dire les instruments de sa volonté, ses agents et même, depuis le 2 août 1935, ses serviteurs, – et non ses collègues et égaux – : ils dépendent de lui et de lui seul ; c'est lui qui les nomme et les révoque à son seul gré. Il est même leur chef hiérarchique et bien plus : leur maître, leur souverain. Ne prêtent-ils pas un serment d'obéissance et de fidélité à sa personne ? « Je jure », – ainsi débute leur serment d'entrée en fonctions – [« ]je jure d'être fidèle et obéissant au chef de l'Empire et du peuple allemand Adolf Hitler »<sup>5</sup>. C'est dire qu'ils jouent le rôle [285] d'un conseil privé de monarque absolu : le « gouvernement d'Empire » se compose d'une personne qui a le pouvoir de décision – c'est le Führer-chancelier, et d'un certain nombre de ministres d'Empire – qui sont ses conseillers. La décision appartient bien au Führer seul ; sa liberté ne subit aucune atteinte du fait qu'il lui plaît de décider en conseil : maître de choisir et de renvoyer les membres du conseil comme il l'entend, il reste par là même maître de ses décisions. Il est donc bien à lui seul le gouvernement.

---

d'habilitation (nous dirions : de pleins pouvoir) (*Ermächtigungsgesetz*) », dont voici les dispositions essentielles, qui donnaient au gouvernement d'Empire un pouvoir législatif propre quasi-illimité (il ne comportait que trois restrictions d'importance très inégale) : art. 1<sup>er</sup> : « En dehors de la procédure prévue par la Constitution d'Empire, les lois d'Empire peuvent être également adoptées par décision du gouvernement d'Empire... » ; art. 2 : « Les lois d'Empire adoptées par le gouvernement d'Empire peuvent déroger à la Constitution d'Empire, dans la mesure où elles n'ont pas pour objet l'institution du Reichstag et du Reichsrat comme tels. Les droits du Président d'Empire sont maintenus » ; art. 3 : « Les lois d'Empire adoptées par le gouvernement d'Empire sont promulguées par le chancelier d'Empire et publiées au *Bulletin des Lois d'Empire* ». (Cette dernière disposition refusait au Président un droit de veto analogue à celui qui lui appartenait contre les lois votées par le Reichstag et qui constituait en la facilité de les soumettre à un référendum, et écartait également pour elles le droit de veto du Reichsrat) ; art. 5 : « La loi cessera d'être en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1937 (c'était le terme du mandat du Reichstag élu le 5 mars 1933), et si le gouvernement actuel est remplacé par un autre » ; (La loi du 30 janvier 1934, sur la reconstitution (*Neuaufbau*) de l'Empire, qui supprime absolument toute limite à ce pouvoir législatif du gouvernement, par son art. 4 : « Le gouvernement d'empire peut édicter des règles nouvelles de droit constitutionnel (*neues Verfassungsrecht setzen*) »[]).

<sup>5</sup> Voici la formule intégrale du serment, telle que l'a fixé la loi du 16 octobre 1934 : « Je jure d'être fidèle et obéissant au chef de l'Empire et du peuple allemands, de mettre mes forces au service du bien du peuple allemand, de respecter les lois, de remplir avec conscience les obligations qui m'incombent et de gérer les affaires qui me sont confiées avec impartialité et équité vis-à-vis de tous ; à ce, que Dieu me soit en aide ! (*Ich schwöre : Ich werde dem Führer des Deutschen Reichs und Volkes Adolf Hitler treu und gehorsam sein, meine Kraft für das Wohl des deutschen Volkes einsetzen, die Gesetze wahren, die mir obliegenden Pflichten gewissenhaft erfüllen und meine Geschäfte unparteiisch und gerecht gegen jedermann führen ; so wahr mir Gott helfe*) ». Et voici le commentaire qui accompagne ce texte dans le recueil *Das neue deutsche Reichsrecht*, de Pfundtner-Neubert : « Le serment impersonnel est remplacé par le serment personnel de fidélité. Les ministres ne dépendent plus d'un "Parlement", mais sont en conséquence de l'idée du chef (*Führergedanke*), tenus à l'obligation de fidélité et d'obéissance uniquement et exclusivement envers le chef de l'Empire et du peuple allemands ; c'est lui qui reçoit leur serment et leur obligation ».

2°) Mais le gouvernement central tient en mains le gouvernement de l'Empire tout entier. En être maître, c'est être maître de l'État sans réserve.

Le III<sup>e</sup> Reich est un État pleinement centralisé : toutes les autorités locales y sont hiérarchiquement subordonnées aux autorités centrales. Les unes comme les autres sont des organes du seul « pouvoir » qui existe désormais, le « pouvoir central », ou d'« Empire ». Car aujourd'hui, tout pouvoir est d'Empire ; cela résulte de la loi du 30 janvier 1934 sur la reconstitution (*Neuaufbau*) du Reich qui dispose (art. 2) : « les droits de souveraineté (*Hoheitsrechte*) des Länder sont transférés au Reich ». Et en effet, il y a incompatibilité absolue entre la dictature et une autonomie quelconque, aussi bien de collectivités-fractions de la collectivité nationale que de cette collectivité tout entière : toute autonomie des « collectivités locales », administrative comme législative, porte atteinte à la pureté du caractère dictatorial d'un régime. La dictature implique la centralisation absolue, le gouvernement des parties aussi par le « pouvoir central », c'est-à-dire par des agents du gouvernement central.

Dictature, le régime national-socialiste devait donc logiquement substituer l'unité de gouvernement au « pluralisme particulariste » sur lequel reposait la structure fédérale du II<sup>e</sup> Reich, en plaçant à la tête de toutes les collectivités territoriales en lesquelles se subdivise l'Allemagne, des autorités qui constituent des agents immédiats ou médiats du gouvernement d'Empire, c'est-à-dire du Führer-chancelier, lui étant subordonnées par le double lien classique du pouvoir hiérarchique – ou de commandement [–] et du droit de nomination-révocation qui le sanctionne et le garantit.

Le *Land* demeure encore à l'heure actuelle la première subdivision territoriale du Reich. Nous ne parlerons que de lui parce que seule la question de son statut a une véritable importance politique. Le *Land* politique ne coïncide toutefois plus toujours avec le *Land* historique : la loi de réforme du 30 janvier 1934 a en effet établi que plusieurs petits *Länder* pourraient être traités comme formant un seul *Land*, comme une unité administrative. Mais surtout, il n'a, du point de vue juridique, plus rien de commun avec ce que l'on désignait autrefois du même nom : vidés de leur substance politique, les *Länder* ne constituent plus des collectivités à gouvernement partiellement autonome, indépendant de celui du Reich, mais de simples circonscriptions pour l'exercice du pouvoir central, qui sont gouvernées par le Reich<sup>6</sup>.

[286] À la tête du *Land*, on trouve un organe de direction et de contrôle gouvernementaux – c'est le *Reichsstatthalter* ou gouverneur d'Empire – et, si l'on peut dire, des organes d'action directe – ce sont les *Landesminister* dont la réunion forme le gouvernement provincial (*Landesregierung*).

Nommé et révoqué par le Führer-chancelier, lui prêtant le même serment que ses ministres, le *Reichsstatthalter* est son homme de confiance, son délégué direct et personnel ; « représentant permanent du gouvernement central », « organe (*Träger*) du pouvoir d'Empire dans les *Länder* », ainsi le

---

<sup>6</sup> La disparition de l'autonomie des *Länder* a naturellement entraîné la disparition du fédéralisme, qu'elle ruinait à la base. Son organe, le *Reichsrat* (Conseil d'Empire), a été supprimé par la loi du 14 février 1933.



définissent les lois. Sans doute, chacun des ministres d'Empire a vis-à-vis de lui le pouvoir d'instruction pour les affaires qui intéressent son ressort. Mais on sait qu'ils sont eux-mêmes les subordonnés hiérarchiques du Führer, ses agents d'exécution.

Il a pour mission essentielle une fonction d'ordre politique ou gouvernementale, et non d'administration quotidienne et concrète : veiller à ce que toutes les autorités du *Land* respectent les « lignes directrices de la politique d'Empire » ; – comme il exerce la même surveillance vis-à-vis des autorités du parti national-socialiste, on peut dire que son rôle consiste à assurer dans son ressort la réalisation des volontés politiques du chef de l'Empire et de son gouvernement qu'il a la direction politique générale du *Land* sous les ordres du gouvernement central et conformément à ses instructions.

À cet effet, le *Reichsstatthalter* a un droit de regard et de contrôle sur l'activité de tous les organes politiques et administratifs de sa circonscription. Son contrôle sur le parti est généralement très facilité par le fait qu'il est en même temps, le plus souvent, *Gauleiter* (chef de district) de ses organisations.

Les membres de la *Landesregierung* sont nommés et révoqués, eux aussi, par le Führer-chancelier lui-même sur la présentation du *Reichsstatthalter* – ils sont en effet appelés à collaborer avec ce dernier<sup>7</sup>. Chacun d'eux est l'agent direct du ministre d'Empire du ressort correspondant, qui a vis-à-vis de lui le pouvoir hiérarchique. Pris collégalement, c'est-à-dire en tant que *Landesregierung*, ils ont une fonction d'ordre législatif : l'initiative des lois provinciales. La constitution nationale-socialiste n'a en effet pas exclu la possibilité de lois provinciales à côté des lois d'Empire : le gouvernement d'Empire a compétence de légiférer en toute matière ; mais il peut juger préférable de ne pas édicter sur un objet donné une réglementation unitaire, commune à tout l'empire, de laisser place au contraire à une réglementation particulière pour chaque *Land*. Cette possibilité d'une pluralité de législations provinciales, cette coexistence de deux groupes de lois à domaine d'application différent – lois d'Empire, lois provinciales – ne porte cependant aucune atteinte à l'unité du gouvernement, donc au caractère dictatorial du régime. Car ces lois provinciales sont édictées par des agents du gouvernement central, parfois avec le consentement de ce gouvernement lui-même : le gouvernement provincial ne peut les mettre en vigueur qu'après avoir obtenu pour elles [287] l'approbation du gouvernement d'Empire ou du *Reichsstatthalter*<sup>8</sup>. On voit donc qu'en vérité, c'est encore le gouvernement d'Empire qui légifère pour les Provinces.

Bien qu'il assure déjà une centralisation absolue du gouvernement de l'Allemagne, ce règlement de l'« organisation territoriale » du Reich n'est considéré par une grande partie tout au moins des dirigeants nationaux-socialistes que comme un stade provisoire, un acheminement vers la « ré-

---

<sup>7</sup> Le Führer-chancelier peut, s'il le veut, changer les *Reichsstatthalter* de la « direction des gouvernements provinciaux », c'est-à-dire de la présidence de leurs conseils.

<sup>8</sup> La première loi concernant le statut des *Länder*, la loi du 31 mars 1933 avait donné ce pouvoir législatif provincial au gouvernement provincial seul. C'est la loi du 30 janvier 1934 (§ 1) qui a consacré l'état nouveau.

forme » définitive. Ils voudraient abolir les derniers vestiges et même jusqu'aux réminiscences du passé, supprimer la division en *Länder*, mettre fin à l'existence géographique de ces circonscriptions et faire disparaître avec elle le nom même de *Land*. Il y aura bientôt un an que le ministre d'Empire de l'Intérieur, chargé de l'étude de cette question, M. Frick, a fait connaître les lignes générales du projet auquel il s'est arrêté : le Reich se subdiviserait en vingt *Gaue* (cercles) qui se subdiviseraient à leur tour en une centaine de districts (*Bezirke*). Malgré l'importance que le gouvernement national-socialiste attache à cette question, rien n'a été fait depuis lors ; on en parle même beaucoup moins, comme si des résistances et des conflits avaient surgi. Mais le Führer-chancelier a affirmé très nettement son intention de rompre avec le passé, et par conséquent de modifier le présent dans une disposition encore purement symbolique de la deuxième loi anniversaire, du 30 janvier 1935, qui remet au Führer le soin de déterminer la sphère de compétence territoriale de chaque *Reichsstatthalter*, ce qui lui permettrait d'en instituer plusieurs pour un seul *Land*, ou au contraire un seul pour plusieurs même des grands *Länder*. Mais à tout prendre, l'importance réelle de cette question de la délimitation des circonscriptions n'est-elle pas essentiellement technique et très secondaire, puisque, plus grandes ou plus petites, *Länder* ou *Gaue*, leur statut reposera sur les mêmes principes ?

Il est cependant possible que la réforme du système territorial s'accompagne de certaines réformes dans l'organisation des autorités.

Peut-être faut-il en voir l'amorce dans le statut actuel de la Prusse, qui est aujourd'hui spécial. Dès leur avènement au pouvoir les nationaux-socialistes ont voulu enlever cette épine qu'était au corps du Reich[,] le dualisme Reich-Prusse, et ont, dans cette vue, donné à la Prusse, un régime tout à fait à part, ce qui était très rationnel. Leur idée fut de la soumettre de façon immédiate au gouvernement d'Empire, de la rendre *reichsunmittelbar*, ou selon une autre expression, d'en faire une « terre d'Empire (*Reichsland*) » ; à cette fin, ils l'ont placée sous le gouvernement direct du chancelier d'Empire, qui a pour elle les fonctions de *Reichsstatthalter*. Ces fonctions, il en a délégué l'exercice à un « ministre-président », qui d'ailleurs ne mérite plus ce nom aujourd'hui : tous les ministères prussiens ayant été fondus avec les ministères d'Empire correspondants, lesquels ont pris en conséquence le nom de « *Reichs- und preussische Ministerien* »<sup>9</sup>, à l'exception du seul ministère des Finances, il n'est plus en réalité que le *Reichsstatthalter* effectif, représentant [288] du chancelier *Reichsstatthalter* nominal.

Ce règlement fait bien du Führer-chancelier le chef, le chef unique de tout l'appareil de gouvernement de l'État : réellement et non de façon nomi-

---

<sup>9</sup> De même, le second règlement sur la réorganisation du Reich, du 27 novembre 1934, a révisé l'union des « instance moyennes » (*Mittelinstanzen*) en décidant que dorénavant les présidents supérieurs (*Oberpräsidenten*) des provinces prussiennes qui représentaient le *Land* seraient en même temps représentants permanents du gouvernement d'Empire et auraient en conséquence le contrôle général sur tout l'appareil administratif, autorités d'Empire comme autorités provinciales prussiennes. L'administration d'Empire et l'administration prussienne sont ainsi unifiées. Cependant, l'*Oberpräsident* n'a pas en principe le pouvoir hiérarchique, c'est-à-dire le commandement, vis-à-vis des autorités d'Empire.

nale seulement, il l'actionne, le dirige et le contrôle. En somme, tout le pouvoir est entre ses mains.

Aussi, ne s'étonnera-t-on pas que l'intervention, dans le gouvernement du Reich d'autres organes que ceux qui viennent d'être indiqués, se réduise à un simulacre sans portée.

La législation nationale-socialiste prévoit deux institutions qui évoquent la démocratie : le plébiscite, une Chambre élue. Leur réglementation leur enlève en réalité aujourd'hui surtout, tout caractère démocratique et même toute valeur quelconque.

Le plébiscite, sur une mesure projetée par le gouvernement – loi, traité, mesure quelconque de politique intérieure ou internationale – n'a jamais été qu'une consultation du peuple par le gouvernement<sup>10</sup>. Consultation : le gouvernement n'était pas lié par le résultat du vote ; il demeurait libre de décider contrairement à l'opinion majoritaire (sauf un cas : celui où la majorité avait approuvé un projet de loi élaboré par lui ; le chancelier devait alors promulguer la loi !). Consultation facultative : c'est lui qui appréciait discrétionnairement si et quand il y voulait recourir. L'institution n'offrait donc pas de danger réel pour le gouvernement ; elle ne portait même nullement atteinte au pouvoir illimité du dictateur. Elle avait cependant, on ne saurait le contester, une valeur de manifestation : les chefs aimaient à insister sur elle ; ils la présentaient comme le moyen donné au peuple allemand de porter un jugement global sur leur politique à l'occasion d'une mesure particulière<sup>11</sup>. Sans doute, ils ne s'inclineraient pas si le jugement de la majorité leur était un jour contraire (ce serait de la démocratie) : « si [289] l'appel tourne mal », déclarait Adolf Hitler dans un discours du 24 février 1934, « ce sera la preuve que le mouvement est devenu paresseux, qu'il ne combat plus bien, qu'il a perdu le contact avec le peuple ». Et alors ? « Et alors, il faudra réapprendre à pénétrer de nouveau dans le peuple. » Du moins voulaient-ils, et ils le proclamaient, connaître ce jugement, le provoquer régulièrement : « Nous donnerons au peuple, au moins une fois par an, la possibili-

---

<sup>10</sup> Loi du 13 juillet 1933 sur le plébiscite § 1 : « Le gouvernement d'Empire peut consulter le peuple sur le point de savoir s'il approuve ou non une mesure projetée par lui. » On peut remarquer que le second des deux plébiscites qui ont [eu] lieu jusqu'ici a porté sur une loi déjà adoptée par le gouvernement, la loi du 1<sup>er</sup> août 1934, alors que le texte précité prévoit semble-t-il des plébiscites de consultation préalable sur un projet et non de ratification.

<sup>11</sup> C'est en effet en ce sens qu'ils envisagent l'emploi du plébiscite : pour provoquer un jugement global du peuple sur la politique générale, soit intérieure, soit internationale, du gouvernement plutôt que pour lui demander son avis sur une question spéciale. Un haut fonctionnaire de ministère et commentateur écrivait : [« ]Le plébiscite est un moyen qui doit donner la possibilité politique d'établir la concordance de la volonté des chefs (*der Führung*) avec l'*opinio communis* des masses, de lier celles-ci à la politique du gouvernement par le vote, de les enchaîner au gouvernement et finalement aussi, la possibilité d'une démonstration politique devant l'étranger et devant les adversaires de l'intérieur[ »]. L'auteur continue en déclarant que c'est [« ]un appel, non à la *ratio*, mais au sentiment et qui sollicite la confiance et non l'approbation ou le rejet critiques, d'où la suppression du plébiscite sur initiative populaire[ »].

On ne saurait indiquer plus nettement que l'on considère le plébiscite comme un instrument de la *Führung* et non comme un droit du *Volk*, comme destiné, non à permettre à celui-ci de faire connaître sa volonté, mais seulement à procurer à celle-là un succès, c'est-à-dire une approbation.

té de prononcer son jugement sur nous ; une fois par an au moins aura lieu un appel à la nation entière », disait le Führer dans ce même discours. Tout est changé aujourd'hui. Plus d'un an s'est écoulé depuis le dernier plébiscite qui remonte au 19 août 1934. Mais surtout la loi de Nüremberg sur la citoyenneté (*Reichsbürgergesetz*) a promulgué le quinze septembre dernier l'abolition du suffrage universel qui avait été jusqu'alors maintenu. Cette loi réserve la qualité de citoyen (*Reichsbürger*), et par conséquent les « droits politiques » qui y sont attachés, aux seuls Allemands qui « prouvent par leur conduite qu'ils sont disposés et aptes à servir en fidélité le peuple et le Reich allemands », c'est-à-dire (traduit en clair) aux seuls nationaux-socialistes ou tout au moins sympathisants. Ces qualités seront attestées par la délivrance d'une lettre de citoyenneté (*Reichsbürgerbrief*)<sup>12</sup>. Le suffrage national-socialiste remplace donc le suffrage universel. Le plébiscite a perdu aujourd'hui jusqu'à sa valeur de manifestation documentaire. On ne veut plus connaître le jugement de la nation entière : la dictature allemande a renoncé aux apparences plébiscitaires.

La loi sur la citoyenneté entraîne les mêmes effets pour l'élection » du Reichstag que pour les plébiscites. Seuls les nationaux-socialistes seront désormais appelés à ratifier le choix par le Führer et ses lieutenants de la délégation du parti national-socialiste à laquelle on donne ce nom, et dont la liste leur sera seule présentée, comme elle l'était seule auparavant à l'universalité des citoyens<sup>13</sup>. À supposer bien entendu que l'on continue de jouer cette comédie. Car il dépend du Führer-chancelier de prolonger indéfiniment la durée du Reichstag en fonctions (si l'on peut dire) comme il peut inversement le dissoudre à tout moment, et même le supprimer purement et simplement. Dans l'intervalle, c'est lui qui nomme les députés nouveaux, lorsqu'il y a lieu de pourvoir à une vacance par suite de décès, démission ou enfin de révocation par lui-même (car il révoque discrétionnairement les [290] membres du Reichstag, ce qui n'est que dans la logique de l'institution)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Les autres nationaux seront de simples « ressortissants (*Staatsangehörige*). 1° Est seul citoyen d'Empire, le ressortissant allemand de sang allemand ou similaire qui prouve, par sa conduite, qu'il est disposé et apte à servir en fidélité le peuple et l'Empire allemands. 2° La qualité de citoyen d'Empire s'obtient par la concession de la lettre de citoyenneté. 3° Le citoyen d'Empire est seul sujet de la totalité des droits politiques tels que les fixent les lois. »

<sup>13</sup> La totalité des députés du Reichstag forme une fraction parlementaire unique, dit le commentaire de Pfundtner-Neubert (singulière fraction qui est un tout !). On s'en voudrait de ne pas citer la « justification » de ce système : « De même que le peuple allemand ne peut être appelé un "peuple", au sens plein du terme, que depuis qu'il a cessé d'être découpé en partis, de même le Reichstag lui aussi n'est devenu une véritable "représentation nationale" que par la disparition de son morcellement en fractions ». Et plus loin : « Le Reichstag incarne aujourd'hui la cohésion, l'unité et la fidélité-lige (*Gefolgschaftstreue*) de la nation. »

<sup>14</sup> Une loi du 3 juillet 1934 a en effet disposé que le député qui démissionnerait ou serait exclu de la « fraction » nationale-socialiste perd *ipso facto* son mandat. « Le peuple » explique le commentateur de cette loi, dans le recueil de Pfundtner-Neubert, « a choisi les députés en premier lieu par confiance envers Adolf Hitler et son mouvement, c'est-à-dire parce qu'ils étaient proposés par le N.S.D.A.P. (parti national-socialiste allemand des travailleurs). S'il apparaît, par sa sortie ou son exclusion du parti, que la relation de confiance entre un député et le mouvement est brisée, il perd en même temps par là même la con-

Qu'importe d'ailleurs la façon dont est réglée la composition d'un organe qui n'a ni pouvoir indépendant, ni droits propres, ni même seulement une fonction sérieuse ? Or, tel est bien le cas du Reichstag. De même que de son existence et de son choix, le Führer-chancelier est maître de son activité : – il le réunit quand il lui plaît, – en fait seulement quelques jours par an ; le reste du temps, les députés – qui ne le sont qu'à titre accessoire, remplissant pour la plupart d'autres fonctions dans le parti – sont en congé à durée indéterminée. Et en effet, le gouvernement, ayant par lui-même tout pouvoir, n'a pas besoin de lui et il ne lui reste rien à faire. Sa fonction, sa raison d'être, sont purement spectaculaires (encore qu'un commentateur officieux écrive, sans ironie, semble-t-il, qu'on l'a maintenu en partie aussi « par égard pour des sensibilités démocratiques » !); il doit fournir au dictateur une tribune et une approbation enthousiaste pour les déclarations auxquelles celui-ci veut donner de la solennité et du retentissement, et émettre un vote d'unanimité en faveur de certains projets de loi pour lesquels le Führer désire, en raison de leur importance effective ou de leur portée symbolique, l'approbation d'un organe que l'on puisse présenter comme démocratique. En somme, parfois une machine humaine à enregistrer, toujours une claque, une « brigade des acclamations » ; tels des automates, les « députés » émettent le vote qu'on attend d'eux, et plus souvent, au commandement ou au signal, éclatent, comme un seul homme, en applaudissements ou en cris prolongés et frénétiques dont la T.S.F. doit transmettre à l'Allemagne entière et au monde l'écho enthousiaste et sauvage d'unanimité. Quand ils ont achevé d'accomplir ce service de figuration, la régie les renvoie dans leurs foyers jusqu'à la prochaine occasion où on désirera leur concours. En somme, un fantôme d'organe, reflet et écho du dictateur, dont l'existence précaire, dépendante et vaine, ne s'affirme qu'à la volonté de celui-ci en de rares manifestations et sans lustre.

Ainsi, il est bien vrai que le Führer-chancelier détient, à lui seul, le pouvoir. Ce pouvoir, aucun obstacle de droit ne l'empêche d'en user pour organiser et diriger l'État à sa guise, car il l'a définitivement, c'est-à-dire à vie : aucun terme certain ou incertain – autre que la mort – n'y est assigné ; il en est investi sans limitation de durée et sans possibilité [291] de révocation<sup>15</sup>.

---

fiance du peuple, des électeurs, et par conséquent la toute première condition de son élection disparaît. »

<sup>15</sup> Sinon, d'ailleurs, on n'aurait pas à faire à un véritable dictateur. Pouvoir à temps et dictature monocratique s'excluent l'un l'autre, – que la limite de temps soit un terme certain ou un terme incertain. L'illimitation dans le temps est un caractère nécessaire, essentiel de la pleine dictature.

D'abord, la limitation de temps est en vérité une limitation d'étendue. Ce n'est que pour la commodité de l'exposé et à titre provisoire que l'on peut distinguer ces deux dimensions. Au fond, il s'agirait plutôt de deux composantes d'une dimension unique. Un organe dont le pouvoir est borné d'avance à une période déterminée ou révocable à tout moment n'a plus, même actuellement, la toute-puissance. Si extrêmement étendu que l'on puisse supposer ce pouvoir, il comporte certainement une limite au moins : la règle qui en fixe la date d'expiration ou qui en prévoit la révocation, règle qu'il ne peut, par hypothèse, abroger.

On peut présenter la chose autrement encore : un organe dont le pouvoir est limité dans le temps ou révocable, est un organe délégué dont le pouvoir repose sur la volonté d'un autre organe ; or, qui dit « délégué » dit subordonné, dit non-souverain. Il n'y a de pouvoir souverain qu'autocratique, originaire : l'organe souverain est nécessairement maître – on peut

Le Führer-chancelier ne « répond » de son gouvernement devant personne : ni devant un chef d'État, – c'est lui-même ; – ni devant un Parlement : le Reichstag est, on l'a vu, créé par lui et à sa merci ; – ni devant le peuple, puisque seuls les citoyens nationaux-socialistes ont désormais droit aux « droits politiques », – ni même devant les « citoyens » parce que ces « droits » n'ont aucune valeur réelle et que le Führer gouverne dictatorialement son parti comme l'État. Il est vrai que souvent dans ses discours le dictateur s'est déclaré responsable devant le peuple, comme d'ailleurs devant Dieu.

Mais que signifient ces paroles, que les rois de droit divin ou les dictateurs du passé firent déjà entendre maintes fois ? Ce peuple dont ils parlent n'est qu'un autre nom de l'« Histoire », ce mythe. Et cette responsabilité qu'ils affirment, ne peut donc être qu'un sentiment, et non un rapport juridique. La réalité juridique, c'est leur irresponsabilité absolue. Et d'ailleurs, le pouvoir du Führer est un pouvoir personnel, un pouvoir de souverain. Deux faits en témoignent d'irréfutable façon : le serment personnel d'abord, que lui prêtent, nous l'avons dit, les ministres d'Empire, les gouverneurs d'Empire et les ministres provinciaux et aussi le serment des membres de la Reichswehr dont la formule est différente, mais plus frappante encore : « Je jure par Dieu ce serment sacré de prêter obéissance absolue au chef de l'Empire et du peuple allemands Adolf Hitler, chef suprême de la force armée, et d'être prêt en brave soldat, à donner ma vie à tout moment pour remplir [292] ce serment »<sup>16</sup>.

Ensuite, le droit du dictateur de disposer de son pouvoir, c'est-à-dire de désigner son successeur ; il n'y a pas de plus ostensible marque d'un droit au pouvoir, d'une sorte de propriété de ce pouvoir, de l'autocratie en un mot<sup>17</sup>.

Maître définitif de son pouvoir, pleinement irresponsable, le Führer-chancelier, souverain autocratique, peut donc en droit gouverner l'Allemagne comme il l'entend. La direction de l'Empire est concentrée sans réserve ni partage en sa seule main<sup>18</sup>

---

dire aussi : source, juridiquement parlant, – de son pouvoir. L'illimitation dans le temps est donc bien incluse dans la notion de pouvoir dictatorial.

L'irrévocabilité ou inamovibilité est en outre une condition *sine qua non* de la possibilité d'exercer un pouvoir dictatorial : si un autre organe, individu ou assemblé, avait le pouvoir de révoquer le prétendu dictateur, soit directement et formellement soit, ce qui revient au même, en le contraignant à démissionner, il le tiendrait juridiquement et effectivement dans sa dépendance ; il aurait la possibilité de diriger son action, d'infléchir comme il l'entendrait la politique du « dictateur » qui ne serait que son délégué, – et ne serait plus du tout un dictateur. Dictature signifie absence de contrôle, *a fortiori* irresponsabilité.

<sup>16</sup> *Ich schwöre bei Gott diesen heiligen Eid, dass Ich dem Führer des Deutschen Reiches und Volkes, Adolf Hitler, dem Oberfehlshaber der Wehrmacht, unbedingten Gehorsam leisten und als tapferer Soldat bereit sein will, jederzeit für diesen Eid mein Leben einzusetzen.* »

<sup>17</sup> Sans doute, la loi du 1<sup>er</sup> août 1934 sur le chef d'État de l'Empire allemand ne vise que la désignation du « suppléant (*Stellvertreter*) », mais l'extension de cette solution au successeur paraît unanimement admise.

<sup>18</sup> Ainsi s'exprime M. Pfundtner à propos de la loi du 1<sup>er</sup> août 1934 : « elle achève », dit-il, « *die restlose Legung der Führung des Reiches in einer Hand* ».

## [2]) *Le gouvernement de la nation ou le totalitarisme*

Ce pouvoir absolu qu'il tient de l'organisation du gouvernement, le dictateur national-socialiste entend en faire usage pour régler et diriger à sa volonté tous les domaines de la vie nationale sans exception : il veut gouverner totalement la nation. La dictature allemande appartient au type moderne des dictatures totalitaires.

Nous ne retiendrons de cette entreprise multiple de gouvernement de la nation, que l'aspect politique, – à l'exclusion de l'aspect économique notamment –, nous voulons dire la technique particulière de gouvernement des hommes qu'elle met en œuvre, et qui prolonge pour ainsi dire l'organisation du gouvernement, car elle a pour fonction de rendre possible et efficace l'exercice d'un pouvoir dictatorial selon le droit.

Adolf Hitler a reconnu que l'obéissance que peut procurer la crainte inspirée par les moyens matériels de coercition physique ne saurait lui donner la puissance de fait de réaliser les longs dossiers de sa politique : un pouvoir qui ne bénéficierait que d'une telle obéissance durerait peut-être, mais il n'aurait pas d'efficacité. Deux conditions lui semblent nécessaires pour conférer à son pouvoir cette dernière et indispensable vertu : il faut d'abord que la nation obéisse volontairement au dictateur, qu'elle soit disposée à le suivre avec ardeur et non d'une façon passive, par conviction, par foi en lui, en ses idées, en sa conduite. C'est cette vue qu'il exprime en disant – et ses lieutenants reprennent aussi le thème – que le régime repose sur la « confiance » des gouvernés et voudrait même cette confiance unanime. « L'essence de notre autorité, nous ne la voyons pas tant dans l'efficacité des canons et des [293] mitrailleuses que dans la confiance réelle qui nous est accordée. Parti, nous avons lutté quinze années durant pour conquérir la confiance de nos concitoyens ; nous luttons encore aujourd'hui et continuerons dans l'avenir de lutter pour obtenir la confiance de la nation », disait Adolf Hitler à Munich le 24 février 1934 ; et il ajoutait : « je veux grouper autour de moi le peuple entier » ; je veux « gagner tous les membres de la communauté qui nous appartiennent (aux nationaux-socialistes) de par leur sang », – entendez : tous les Aryens ou assimilables. Plus catégorique et plus lapidaire, le général Göring : « La confiance est la base de notre édifice tout entier. »

À lui seul, ce ralliement enthousiaste au régime et le consentement à une obéissance active et convaincue qui en résulterait, ne suffiraient cependant pas à assurer au dictateur le maximum de pouvoir réel. Il faut encore pour cela qu'il puisse utiliser à plein ces sentiments et leurs effets. Ce qui signifie aux yeux des nationaux-socialistes : il faut qu'il exerce sur la nation une sorte de commandement militaire. Le pouvoir qu'ils veulent, parce qu'ils l'estiment le plus fort et aussi peut-être parce qu'il s'accorde le mieux à leurs dessins derniers, c'est un pouvoir militaire. Sans doute, le dictateur doit exercer les traditionnels pouvoirs de gouvernement ; mais cela ne suffit pas ; il faut qu'il y joigne un pouvoir de commandement. Ils le conçoivent moins comme un citoyen qui gouverne que comme un chef qui commande. C'est cette dualité d'aspects de son pouvoir et la primauté qu'il accorde au second, qu'Adolf Hitler marquait, en un saisissant raccourci, dans ce discours de Nüremberg où il déclarait : nous ne sommes pas seulement les gouvernants de l'État (*die Regierung des Staates*), nous sommes aussi en même temps les chefs du peuple (*die Führung des Volkes*).

De la double condition que nous venons d'indiquer, découle logiquement une double mission, et en conséquence une double figure du « gouvernement de la nation » envisagée comme un groupe de gouvernés : la formation des esprits ; l'organisation des corps.

Pour créer la disposition à cette obéissance volontaire et même passionnée qu'ils veulent de la nation, les gouvernants nationaux-socialistes doivent en assumer d'abord la formation spirituelle, – tant morale qu'intellectuelle. Car, ayant posé qu'il leur faut sa « confiance », ils n'acceptent naturellement pas de traiter celle-ci comme une chose libre qu'ils auraient à solliciter en courant le risque de se la voir refuser. Ils veulent et croient possible de la « maintenir inébranlablement », comme disait le général Göring, – entendez : de se la procurer, à coup sûr par une technique appropriée, laquelle ne peut évidemment consister qu'à fabriquer eux-mêmes les gouvernés, à façonner et modeler leur esprit et leur caractère tels qu'ils le désirent, selon ce type qu'ils appellent « l'homme national-socialiste (*der national-sozialistische Mensch*) » et qu'ils désirent voir devenir celui de tous les Allemands.

Pour établir sur elle une sorte de commandement militaire du dictateur, il faut donner à la nation entière une organisation de type militaire, la constituer en une sorte d'armée, ou, si l'on préfère, tout au moins de milice de la dictature. Ainsi disposera-t-on des corps après avoir préparé les esprits.

Les procédés mis en œuvre pour le « gouvernement de la nation » ne se laissent cependant pas diviser en deux groupes selon leur but ; car un procédé répond parfois à deux fonctions, en organisant les corps, on se [294] propose aussi de faciliter, de rendre même plus énergique, l'action sur les esprits. C'est, si l'on peut dire, d'après leur point d'application qu'il faut les classer : certains tendent exclusivement et directement à agir sur les âmes ; d'autres s'appliquent aux corps.

L'action directe et exclusive sur les esprits, c'est l'organisation de la dictature spirituelle. Les gouvernements hitlériens ont monopolisé à leur profit tous les modes d'expression et de communication publique de la pensée et en ont fait un vaste appareil de prédication et de propagation de la *Weltanschauung* nationale-socialiste, érigée en croyance d'État, ainsi d'ailleurs que de toutes les vues et vérités officielles. Presse, radio, théâtre, cinéma, production littéraire et artistique ont été placés à cet effet sous les ordres ou le contrôle du ministre dit de l'éclairement du peuple et de la propagande (*Minister für Volksaufklärung und Propaganda*) ; ces diverses activités, réservées de plus en plus aux gens sûrs, interdites au contraire aux hérétiques ou suspects, leurs représentants groupés en « corporations » officielles gouvernées d'en haut. – Les mêmes principes s'appliquent aux établissements d'instruction publique qui relèvent, eux, du ministre de l'Éducation nationale (*Minister für Volksbildung*).

Les doctrines non-officielles se voient donc privées de tout moyen régulier de s'exprimer, d'agir et de se répandre. Notamment les doctrines politiques. Le régime ne connaît pas davantage les libertés publiques que les libertés politiques. Il refuse, en particulier, aux dissidents, cette liberté d'association qui est la condition de toute action politique efficace : après avoir dissous ouvertement ou sous le masque les anciens partis de la Répu-



blique de Weimar, il a interdit sous de lourdes peines la création de tout nouveau parti<sup>19</sup>.

Une faille profonde subsiste cependant encore dans la construction de cet appareil de conformation spirituelle, une brèche très grave à ce monopole du gouvernement des âmes que revendique le national-socialisme : l'existence des Églises chrétiennes indépendantes. On n'a pas osé y toucher. On s'est contenté de procéder contre elles d'une façon oblique d'une part, en s'efforçant d'entraver le plus possible l'efficacité de leur prédication, d'autre part, en encourageant les mouvements anti-chrétiens et aussi en suscitant une Église officielle, chrétienne de nom, mais complaisante au national-socialisme ; dont on attendait certainement, en dépit de dénégations officielles, qu'avec le temps, elle réduirait les Églises chrétiennes indépendantes à l'état de squelettes, tarissant le recrutement de nouveaux fidèles si elle n'avait pas réussi à détourner d'elles les vivants. On sait que cette dernière entreprise n'a été couronnée à l'heure actuelle que d'un succès fort incertain. Ce n'est pas du jour au lendemain que l'on pourra combler la brèche et réaliser le règne du national-socialisme dans l'ordre spirituel comme dans l'ordre temporel. Adolf Hitler l'a dit en une déclaration empreinte et de modestie, et peut-être davantage, d'orgueilleuse confiance :

« Nous luttons pour la jeunesse. Nous commençons avec la génération actuelle ; nous finirons avec la suivante. »

[295] Il va de soi qu'en attendant qu'elle ait produit tous les fruits qu'on en escompte, l'organisation d'action est solidement doublée par une législation répressive redoutable, que met en œuvre un appareil dont la pièce maîtresse est la puissante, la toute-puissante *Gestapo* (*Geheime Staatspolizei*, police secrète d'État), sorte d'Inquisition nationale-socialiste, bien armée pour défendre le régime contre toute tentative et même tout germe de tentative, en inspirant la crainte salutaire à ceux qui n'en ressentiraient pas ou plus l'amour.

Quant à l'encadrement de la nation, c'est-à-dire à sa militarisation, la réalisation en est assurée par les « gigantesques organisations » Adolf Hitler, qui constituent le corps du parti national-socialiste qui un jour se confondra avec la nation elle-même : Jeunesse hitlérienne (*Hitlerjugend*) pour les petits ; – Section d'assaut (*Sturm-Abteilungen* ou S.A.) ; brigade de protection (*Schutzstaffeln* ou S.S.) ; Service du travail (*Arbeitsdienst*) ; Front du travail (*Arbeitsfront*), pour les adolescents et les adultes, voilà les cadres destinés à recevoir un jour tous les Allemands, et qui sont comme l'armature du régime.

Si l'on songe à cette fonction, si, oubliant le nom qu'il conserve, on se souvient qu'il ne s'agit pas d'un parti politique au sens que la démocratie at-

---

<sup>19</sup> Loi du 14 juillet 1933 contre la formation de nouveaux partis politiques, § 1 : le N.S.D.A.P. est le seul parti politique existant en Allemagne. § 2 : Celui qui entreprend de maintenir l'unité organisée d'un autre parti politique ou de former un nouveau parti politique est passible d'une peine de travaux forcés pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une peine de six mois à trois ans de prison, si ses actes ne tombent pas sous le coup d'une peine plus forte. – « Cette loi », dit un commentateur, « enterre pour l'éternité le cadavre des partis qui avait conservé jusqu'ici un semblant de vie. »

tache à ce mot, mais d'une organisation de la collectivité nationale tout entière, de tous ses membres, loin de s'étonner du statut légal du parti national-socialiste, on le considéra comme parfaitement naturel (il n'est en effet exorbitant que pour le présent, tant qu'il n'a pas encore atteint à l'universalité qui correspond à sa fin). Organisation gouvernementale de la nation, comment la loi ne le déclarerait-elle pas support et force animatrice de l'État et « corporation de droit public » ?<sup>20</sup> N'est-il pas parfaitement normal qu'elle fasse participer au gouvernement d'Empire, le *Stellvertreter* (représentant) du Führer à la tête du parti, l'homme auquel il en a délégué en fait la direction immédiate que ses occupations de chef de l'État et du gouvernement lui interdisent d'assurer lui-même, et qui est le chef de l'organisation politique du parti<sup>21</sup>.

Étant donné enfin le caractère militaire de cette organisation, quoi d'étonnant à ce que le « parti » ait des tribunaux propres pour juger toutes les infractions que ses membres pourraient commettre à leurs obligations [296] envers « le Führer, le peuple et l'État », et à ce que les autorités officielles doivent aide et assistance à ces tribunaux, dans l'exercice de leur pouvoir ?<sup>22</sup>

La nation pleinement unifiée, psychologiquement comme juridiquement, placée ensuite sous un commandement unique de type militaire, tel est donc le résultat dernier que l'on se promet du fonctionnement de la machine de gouvernement dont nous venons de dessiner les grandes lignes. Cette orgueilleuse déclaration d'Adolf Hitler à propos du Front du travail : « Nous leur avons donné un même vêtement ; nous les avons placés sous une même couleur ; nous les avons soumis à une discipline et intégrés dans une puissante organisation. » n'exprime-t-elle pas, entre mille autres, ce programme ? N'est-ce pas aussi un intellectuel national-socialiste, Ernst Jünger, qui a défini tout crûment le système en ces termes lapidaires : « Une mobili-

---

<sup>20</sup> Loi du 1<sup>er</sup> décembre 1933 en vue d'assurer l'unité du parti et de l'État. § 1, (1) : « Après la victoire de la Révolution nationale-socialiste, le Parti national-socialiste allemand des travailleurs est le représentant (*Träger*) de l'idée allemande de l'État et indissolublement lié à l'État ». § 3 : « Les membres du N.S.D.A.P. et des S.A. (y compris les organisations qui en dépendent) ont, en tant que force directrice et motrice de l'État national-socialiste, des obligations plus fortes vis-à-vis du Führer, du peuple et de l'État. » § 1 (2) : « Il est une corporation de droit public. Ses statuts sont déterminés par le Führer. »

<sup>21</sup> Loi du 1<sup>er</sup> décembre 1933, § 2 : « Afin de garantir la collaboration plus étroite des instances du parti et des S.A. avec les autorités publiques, le représentant du Führer devient membre du gouvernement d'Empire. » – Le texte primitif disait : « Le représentant du Führer et le chef d'État-Major des S.A. deviennent les chefs. » Le texte nouveau est, comme dit sobrement le commentateur, « une suite des événements du 30 juin 1934. »

<sup>22</sup> Loi du 1<sup>er</sup> décembre 1933, § 3 (2) : « Les membres du parti des S.A. et des formations rattachées au parti sont soumis, en cas de violation de (leurs) obligations, à une juridiction spéciale du parti et des S.A. » – § 4 : « Est considéré comme manquement aux obligations toute action ou abstention qui est dirigée contre ou menace l'existence, l'organisation, l'activité ou la considération du parti, spécialement pour les membres des S.A. (et des organisations qui en dépendent) tout manquement à la discipline et à l'ordre. » Le § 5 prévoit comme sanctions, en dehors des peines proprement disciplinaires (*Dienststrafen*), les arrêts et l'emprisonnement. – § 6 : « Les autorités publiques doivent, dans la sphère de leur compétence, prêter aide et assistance aux instances du parti et des S.A. qui sont investies de l'exercice de la juridiction du parti et des S.A. »

sation totale de l'Allemand et rien d'autre (*eine Totalmobilmachung des Deutschen und nichts anderes*) » ? Pourquoi cette mobilisation ? Comment la justifie-t-on ? Et quelle est la valeur des justifications avancées ? Nous nous réservons de répondre à ces questions, qui sortent du cadre de l'analyse constitutionnelle proprement dite, dans une étude ultérieure.

***Charles Eisenmann***



*Varia*



LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE VICTIME DE SES PROPRES CONTRADICTIONS :  
DE LA NATIONALITÉ ÉTATIQUE À LA RATIONALITÉ ÉCONOMIQUE\*

Une série de décisions récentes, rendues en 2014-2016, aux termes desquelles la Cour de justice de l'Union précise les conditions d'accès des citoyens européens sans ressources aux prestations sociales dans l'État membre d'accueil a mis la communauté des européenistes en émoi<sup>1</sup>. Accusée de s'aligner sur la position des États membres les plus rétifs à l'intégration européenne, la Cour en viendrait à affaiblir la situation des citoyens de l'Union les plus fragiles, en l'espèce les migrants en situation de dépendance financière (et donc contraints de faire appel à la solidarité sociale de leur État d'accueil). La jurisprudence initiée par l'arrêt *Dano* à la fin de l'année 2014 ferait ainsi le lit des égoïsmes nationaux et remettrait en cause les acquis patiemment construits par le droit de l'Union, en particulier par les juges du plateau de Kirchberg, maîtres d'œuvre de la citoyenneté « sociale » européenne. À les considérer à leur juste mesure, les termes de ce diagnostic, formulé sur le mode d'une réaction de colère – tout à fait légitime –, font en réalité système avec le discours de repli imputé, en bloc, aux gouvernements des États. Il nous semble qu'une vision complète et équilibrée de la question en jeu se doit de considérer ensemble ces deux positions, construites, pour ainsi dire, dans une relation de parfaite symétrie.

Bien sûr cette série de décisions de la Cour peut s'interpréter comme une invitation à clarifier l'état du droit existant. Mais elle nous apparaît au-delà comme un symptôme particulièrement révélateur des limites du format fonctionnaliste dans lequel a été pensée la citoyenneté de l'Union. De ces limites, force est de le constater, on n'a que tardivement pris conscience, une fois confronté aux effets – parfois dévastateurs – induits par l'europanisation de la citoyenneté sociale. Il est devenu aujourd'hui indéniable que la logique du fonctionnalisme européen vient heurter de front non

---

\* Cet article vient compléter et enrichir trois études en cours de parution, auxquelles nous nous permettons de renvoyer : « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? Le cas de l'Union européenne », in O. BEAUD, C. COLLIOT-THÉLÈNE et J.-F. KERVÉGAN (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, Paris, Garnier, 2018 ; « La politique européenne à l'épreuve du marché. Réflexions sur une dynamique de différenciation », in J.-M. FERRY, A. LECLERC, T. STORME (dir.), *Europe. Le partage public-privé en question*, Rennes, PUR, 2018 ; et « Une succession de traités peut-elle tenir lieu de Constitution ? », in C. JOUIN (dir.), *La Constitution matérielle de l'Europe*, Paris, Pedone, 2018.

<sup>1</sup> CJUE, Gr. ch., 11 nov. 2014, *Elisabeta Dano, Florin Dano c. Jobcenter Leipzig* [aff. C-333/13] ; CJUE, 15 sept. 2015, *Jobcenter Berlin Neuköln c. Nasifa, Sonita, Valentina et Valentino Alimanovic* [aff. C-67/14] ; CJUE, 25 fév. 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. Jovanna Garcia-Nieto e. a.* [aff. C-299/14] ; CJUE, 14 juin 2016, *Commission européenne c. Royaume-Uni* [aff. C-308/14]. Dans ces arrêts, la Cour de justice considère comme conformes au droit de l'Union des décisions par lesquelles des autorités administratives refusent d'accorder une prestation sociale à un citoyen européen.

seulement les principes démocratiques de la citoyenneté nationale, mais aussi la philosophie redistributive des mécanismes de solidarité qui lui sont associés. Les contraintes de l'intégration européenne sont bien connues : dépendante des États membres pour réaliser son projet de mobilité transnationale, l'Union, faute de compétence en la matière, doit s'appuyer sur les dispositifs étatiques de solidarité. Aussi, la soutenabilité du projet européen suppose que les nationaux sédentaires consentent au financement de la solidarité avec les citoyens des autres États membres ayant fait usage de leur droit à la libre circulation. Peut-on s'en remettre, en l'espèce, à l'automatisme de l'engrenage fonctionnaliste ou aux différentes contraintes jurisprudentielles progressivement posées par la Cour de justice ? La question mérite attention.

Qu'on nous permette ici d'interroger les commentaires quelque peu monocordes délivrés par la doctrine juridique autorisée – la doctrine française tout particulièrement<sup>2</sup>. Il y a d'abord à lutter contre certaines évidences et certains réflexes, ceux, par exemple, consistant à s'en remettre à la seule jurisprudence de la Cour de justice et à s'arrêter à la moindre de ses sinuosités pour saisir la tendance de fond d'un phénomène aussi complexe que celui de la citoyenneté européenne. Relevons seulement à quel point on incline à observer avec une patience infinie le détail des arguments de la Cour lorsque celle-ci se met ostensiblement au service de la cause européenne – évidemment pour s'en féliciter – et, en retour, à quel point le ton du commentaire se fait beaucoup moins minutieux quand elle semble donner raison aux États membres. À accompagner ainsi les acteurs et autres jurislatoeurs de l'intégration européenne, les européenistes se font en quelque sorte les légistes de l'Union, ils en sont les agents justificateurs. Bien sûr le rôle décisif de la jurisprudence dans le processus d'intégration ne saurait-il être minoré, mais l'importance qui lui est reconnue n'autorise pas à l'interpréter au jour le jour – comme si un simple infléchissement devait valoir revirement (comme si, par exemple, une restriction dérogée dans un domaine précis d'application du droit de l'Union devait mettre à bas l'ensemble des « progrès » réalisés dans tous les autres). Autrement dit, la jurisprudence de la Cour a beau constituer un matériau décisif et central pour qui veut comprendre la citoyenneté européenne, il suppose d'être lui-même questionné et non reçu sur le mode oraculaire de l'évidence<sup>3</sup>. La littérature juridique française gagnerait en cela à s'inspirer davantage des courants critiques qui ont

---

<sup>2</sup> Voir notamment S. BARBOU DES PLACES, « La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 1, 2015, p. 133-147 ; É. PATAUT, « Citoyenneté de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 2015, p. 637-652 (« La tentation du repli ») ; n° 3, 2016, p. 637-652 (« Le repli ») ; É. DUBOUT, « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum*, n° 18, 2017, p. 283-309. Au-delà du seul champ juridique et du cas qui nous occupe ici, renvoyons à J. LECA, « Sur le “normativisme intempérant” dans les études européennes », *Politique européenne*, n° 50, 4/2014, p. 170-199.

<sup>3</sup> Comprendre les raisons de structure pour lesquelles la citoyenneté européenne est essentiellement une construction prétorienne (c'est-à-dire saisir les contraintes propres qui pèsent sur son déploiement) ne doit pas conduire en retour à suspendre tout jugement critique quant aux modalités précises de ce processus.



fleuri un peu partout dans le champ académique des études européennes<sup>4</sup>. À de nombreux égards, nous payons aujourd'hui le prix d'une insuffisance chronique de réflexions sur les conditions dans lesquelles s'est opérée la dénationalisation de la citoyenneté. On a trop longtemps négligé l'impact de la construction européenne sur les systèmes nationaux de justice sociale et de réglementation du travail<sup>5</sup>. Les condamnations morales globalisantes, souvent à l'emporte-pièces – égoïsme, populisme, repli national, protectionnisme, xénophobie, etc. –, bien qu'elles peuvent identifier une part de la réalité, ne sont pas à même de poser un diagnostic équilibré. En période de crise, bien plus encore qu'en d'autres périodes, il importe d'adopter une démarche compréhensive en évitant les amalgames et les raccourcis trop simplistes ; ils ont peut-être leur place dans le discours engagé, pas dans l'analyse distanciée.

On peut évidemment regretter que la jurisprudence de la Cour rompe avec son audace des dernières décennies, en particulier quand elle autorise les États à comprimer le mouvement qui les avait jusque-là conduits à étendre indéfiniment le cercle des bénéficiaires de la solidarité nationale aux citoyens européens ne participant pas directement à son financement. Notre ambition, en l'espèce, ne saurait consister à défendre la position de la Cour sur le fond. Elle est de souligner combien les derniers développements de sa jurisprudence ne font finalement que révéler les ambivalences et contradictions d'une citoyenneté européenne qui a essentiellement été édifiée par la voie prétorienne. Nous voulons essentiellement parler de toutes les conséquences induites par le découplage entre droits et devoirs de solidarité. L'Union peut-elle, par exemple, imposer la prise en charge de non-cotisants alors même qu'elle tend par ailleurs à encourager la fuite des cotisants ? Doit-on croire en un jeu à somme nulle, voire, pour les plus providentialistes, en un jeu à somme positive ?

L'urgence du jour n'est plus de se lamenter sur le sous-dimensionnement des droits sociaux garantis à l'échelle de l'Union, sur la nécessaire mise en place d'une Europe sociale appelée à rattraper l'intégration économique<sup>6</sup>, il est de mesurer l'impact de la construction eu-

---

<sup>4</sup> Pensons, par exemple, aux travaux de Fritz Scharpf, Christian Joerges, Michelle Everson, Alexander Somek ou encore, dans une optique différente, à ceux de Richard Bellamy (voir *infra*). Pour un état des lieux, en forme de prise de conscience, voir L. AZOULAI, « Solitude, désœuvrement, conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques », *Politique européenne*, n° 50, 4/2015, p. 82-98.

<sup>5</sup> La récente thèse de Mathilde Unger vient ainsi combler un grand vide dans la réflexion théorique de langue française : M. UNGER, *Les Frontières de la justice sociale. Les théories de la justice mondiale au prisme de l'Union européenne*, Thèse de philosophie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016. Cette situation est à mettre en regard avec la richesse du débat anglophone, ou plutôt la très faible contribution de la pensée francophone à ce débat (voir, en particulier, D. KOCHENOV, G. DE BURCA, A. WILLIAMS (dir.), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford, Hart, 2015).

<sup>6</sup> Telle était l'ambition du projet d'Europe sociale notamment porté par Jacques Delors. Sa réalisation reposait sur un pari d'engrenage fonctionnaliste dont nous pouvons constater l'échec patent. Bien sûr la constitution d'une Europe sociale fait-elle aujourd'hui partie des objectifs officiels de l'Union (depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne), mais le mot d'ordre de l'« économie sociale de marché », lui-même problématique, ne semble pas vraiment de nature à surmonter les écueils du premier échec.

ropéenne sur les systèmes nationaux de justice sociale en s’attachant à prendre en compte l’ensemble des effets indirects de l’européanisation négative<sup>7</sup>. Davantage encore dans le contexte de la crise actuelle, on ne peut plus ignorer que l’intégration européenne provoque de profondes injustices sociales, qu’elle vient déstabiliser les solidarités nationales institutionnellement établies – au même titre qu’elle reconfigure de bout en bout l’exercice de la démocratie dans les États membres. Ces injustices ne sauraient plus être traitées sur le mode quelque peu cynique du dommage collatéral – comme si l’intégration européenne devait se payer d’un prix, appelé *in fine* à s’amortir dans la réussite finale du processus.

### *De quelques contradictions*

Qu’il suffise à ce stade liminaire de relever quelques-unes seulement des contradictions internes qui travaillent la citoyenneté de l’Union. On s’étonne de voir les États user d’un pouvoir de déroger à la libre circulation pour limiter l’accès au bénéfice de la solidarité nationale, alors que, depuis le départ, la citoyenneté européenne a été conçue dans le moule du Marché intérieur et en a épousé tous les contours, y compris son dispositif de dérogation<sup>8</sup>. N’est-ce donc pas tout simplement en raison de cette provenance que les droits sociaux attachés à la citoyenneté européenne sont susceptibles de dérogations – au même titre que celles classiquement admises pour restreindre le libre-échange ou la libre concurrence ? Dès lors que les droits sont accordés de manière négative selon la logique de la non-discrimination entre opérateurs économiques, n’est-il pas finalement assez naturel qu’ils puissent être pareillement retirés sur le fondement des « intérêts légitimes » des États ? Une fois rappelé qu’en l’état actuel de la construction européenne (quand bien même la libre circulation a été remodelée par la citoyenneté de l’Union) l’octroi des prestations sociales constitue un droit dérivé de la libre circulation et non un droit inconditionnel revenant directement aux citoyens européens, l’enjeu mérite d’être soulevé de savoir si la suppression de toute condition économique à l’accès aux droits sociaux peut raisonnablement intervenir avant une harmonisation des législations sociales et fiscales des États membres<sup>9</sup>. Où l’on se heurte aux pièges de la portée

---

<sup>7</sup> Sur la notion d’intégration négative, voir F.W. SCHARPF, *Gouverner l’Europe* [1999], trad. R. Dehousse et Y. Surel, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, en part. p. 51-89. Parce que l’Union ne possède pas de compétence en matière sociale, on s’est longtemps empêché de considérer le problème pourtant massif de la déstructuration des solidarités nationales notamment induite par la construction du marché européen. C’est oublier la tournure essentiellement négative de l’intégration européenne qui déploie ses effets bien au-delà des titres de compétence expressément attribués à l’Union. L’absence de titre à agir de l’Union en matière sociale n’a pas empêché la Cour de justice d’étendre le champ d’application des traités au point de s’emparer de questions relevant en principe de la seule solidarité nationale, en particulier l’accès des citoyens inactifs et sans ressources aux prestations sociales dans l’État d’accueil.

<sup>8</sup> « La dogmatique juridique de la citoyenneté, résume Loïc Azoulai, est tout entière bâtie sur celle du marché intérieur » (L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d’intégration sociale », in *Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué. Chemins d’Europe*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1-28, ici p. 9). Les juges de Luxembourg ont finalement appliqué à la citoyenneté l’essentiel des notions et des méthodes de l’acquis communautaire.

<sup>9</sup> Dont on sait l’objectif totalement inatteignable à moyen terme.

symbolique des mots. Recourir au vocabulaire de la citoyenneté, prononcer le mot « citoyenneté », c'est comme croire en sa puissance performative, c'est mobiliser tout un imaginaire d'égalité et de démocratie, lequel se situe en profond décalage avec la réalité présente de l'intégration. Que le statut juridique de la citoyenneté de l'Union puisse servir de support à l'advenue de cet idéal ne doit pas faire oublier que les obstacles empêchant son déploiement se logent parfois jusque dans le droit lui-même.

Il est évidemment regrettable que les biens marchands, d'une part, et les personnes, d'autre part, soient soumis au même régime juridique. Mais il faut alors se donner les moyens de thématiser une telle différenciation. S'est-on insurgé lorsque la Cour de justice a appliqué aux personnes les recettes jurisprudentielles qu'elles avaient conçues pour les marchandises et la main d'œuvre ? En aucun cas : on a simplement considéré que les juges se contentaient de faire avec leurs moyens et qu'ils venaient finalement pallier les insuffisances du législateur européen<sup>10</sup>. Peut-être la politique jurisprudentielle de la Cour était-elle inévitable et sans alternative praticable. Peut-être la citoyenneté ne pouvait-elle pas naître autrement que par cette voie prétorienne et dépolitisée. Il n'en reste pas moins que la question se pose de savoir si ce système marché-jurisprudence n'est pas venu tuer dans l'œuf toute potentialité politique d'une citoyenneté digne de ce nom, à savoir d'une citoyenneté fondée sur le rapport conscient d'un individu à une communauté politique d'appartenance. Aussi contraint fut-il dans son choix, l'itinéraire jurisprudentiel emprunté n'en finit pas de produire son lot d'effets non désirés qui soulèvent, chacun, l'enjeu de la légitimité politique du juge supranational<sup>11</sup>.

La première étape d'une réflexion qui assumerait sa vocation critique consisterait peut-être à se départir d'une perception purement individualiste des problèmes telle qu'induite par le prisme négatif de la non-discrimination selon la nationalité. N'est-ce pas, d'ailleurs, parce que les droits sociaux sont pensés sur le mode de droits subjectifs (directement invocables) que l'on en vient à les conditionner à la contribution de chaque individu, en retenant en l'espèce une définition particulièrement rustique et étriquée du critère de la contribution économique ? Au-delà, on le voit, le problème provient de la forme individualisée du contrôle juridictionnel par lequel se déploie la dynamique de la citoyenneté européenne. À force de réduire les droits de la citoyenneté à un amas de droits individuels, on s'interdit d'identifier les enjeux collectifs qui surgissent nécessairement du fait même de l'invocation du concept de citoyenneté : à quel type de collectif la lo-

---

<sup>10</sup> Tout juste a-t-on mis en avant le traitement spécifique réservé aux personnes par rapport aux marchandises en insistant sur l'objectif d'intégration sociale (voir *infra*).

<sup>11</sup> Non sans avoir rappelé que les juges de Luxembourg ne sont évidemment pas les seuls responsables de la déconstruction méthodique des solidarités nationales. Il est assurément injuste d'imputer à la construction européenne des effets qui résultent de la mondialisation de manière générale. Pour autant, le cadre européen demeure l'observatoire le plus indiqué pour scruter la déstabilisation des solidarités nationales produite par l'ouverture générale des frontières du commerce.

gique de la citoyenneté européenne conduit-elle<sup>12</sup> ? Si l'étalon de valeur de la citoyenneté est l'individu et lui seul, alors il n'y a rien de surprenant, sur le terrain de la justice ou de la solidarité sociale, à ce que le migrant européen doive lui-même contribuer au financement des droits dont il réclame le bénéfice. Seul le prisme d'un collectif européen permettrait de poser et de penser le problème autrement. S'en est-on vraiment donné les moyens ? Les États membres sont-ils les coupables obligés qui auraient empêché toute avancée notable en la matière ?

Tout se passe en l'espèce comme si on réclamait des citoyens une confiance quasi messianique dans l'Union<sup>13</sup> : il faut continuer à avancer dans l'intégration alors même que l'expérience concrète de la construction européenne reste peu probante, c'est le moins qu'on puisse dire, aux yeux de très larges fragments des populations nationales. On ne sait d'ailleurs plus trop bien, dans le développement de la citoyenneté européenne, distinguer entre ce qui relève de choix politiques dûment opérés et ce qui relève d'effets induits d'un processus non maîtrisé, très largement déterminé par le cours de la mondialisation (alors même que la construction européenne se présente comme un moyen de la réguler). De là la déréliction préoccupante dans laquelle nous nous trouvons ; son analyse réclamerait, quoiqu'il en soit, plus de nuances qu'une simple stigmatisation, en forme d'autojustification, de la rhétorique grimaçante du « tourisme social »<sup>14</sup>. Certes les phénomènes ainsi désignés ne revêtent-ils pas – et de très loin – les proportions dont les affuble le traitement médiatique ordinaire. À bien les regarder, les chiffres invalident très largement les craintes de submersion et de déferlement qui ont pu être exprimées ici ou là<sup>15</sup>. Mais, quand bien même il s'agit de représenta-

---

<sup>12</sup> Voir A. SOMEK, « Solidarity Decomposed: Being and Time in European Citizenship », *European Law Review*, n° 32, 6/2017, p. 787-818 ; A. SOMEK, *Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 200-227 ; A. SOMEK, « Constitutionalization: Constitution-Making for Individualists », in S. PUNTSCHER RIEKMANN, D. WYDRA et A. SOMEK (dir.), *Is There a European Commun Good?*, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 95-119.

<sup>13</sup> Sur la propension constitutive de l'Union à faire reposer sa légitimité sur une forme de messianisme, voir J.H.H. WEILER, « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Essay », in J. DICKSON et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical Foundations of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 137-158. Ainsi a-t-on pu parler de « miracle de la citoyenneté de l'Union » : « [E]lle renforce les liens qui nous unissent à nos États (dans la mesure où nous sommes des citoyens européens parce que nous sommes des nationaux de nos États) et, en même temps, elle nous émancipe (dans la mesure où nous sommes à présent des citoyens au-delà de nos États). » (M. POIARES MADURO (avocat général), Conclusions du 30 mars 2009 sur CJUE, Gr. ch., 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern* [aff. C-135/08], § 23, nous soulignons).

<sup>14</sup> Nous utilisons l'expression de « tourisme social » par commodité, tout en étant conscient de sa pointe fortement polémique. Rappelons que c'est un avocat général auprès de la Cour de justice qui a fortement contribué à la propager (D. RUIZ-JARABO COLOMER (avocat général), Conclusions du 10 juillet 2003 sur CJCE, 23 mars 2004, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions* [aff. C-138/02], § 75).

<sup>15</sup> Dans le contexte de l'élargissement à l'Est, des craintes ont pu s'exprimer parmi les anciens membres de l'Union face à la perspective, largement fantasmée, d'un afflux de migrants venus des nouveaux États membres. L'expression de ces mêmes craintes n'a pas manqué de ressurgir quand il s'est agi de lever progressivement, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2014, le régime transitoire qui s'appliquait aux travailleurs bulgares et roumains.

tions fantasmées (les statistiques l'attestent), on ne peut pas les balayer d'un revers de la main, tout simplement parce qu'elles mettent le doigt sur un enjeu essentiel, une question de principe, qui dépasse très largement les cas isolés, aussi symboliques soient-ils, dont a à connaître la Cour de justice. Nous voulons évidemment parler de la concurrence normative et fiscale qui sévit entre les États membres.

C'est l'ensemble de la philosophie de la construction européenne qui est à remettre sur le métier. Tout à la fois a-t-on sous-estimé le coût de la dénationalisation de la citoyenneté et surestimé les bénéfices de son européanisation. Il n'est pas sûr, en effet, que la déconstruction au moins partielle des solidarités nationales, telle qu'induite par l'intégration, soit la meilleure voie pour faire émerger le principe d'une solidarité européenne. Certes l'intégration européenne protège-t-elle les États de nombreux risques, mais elle les expose concomitamment à d'autres risques. Certes la mise en place du Marché unique ouvre-t-elle toute une série d'opportunités et de perspectives pour les agents économiques, mais elle n'en est pas moins source de légitimes questions qui demandent à être démocratiquement débattues. Contentons-nous d'en mentionner quelques-unes pour faire apparaître combien elles touchent le cœur des enjeux de citoyenneté : dans quelle mesure des services publics comme ceux de la santé ou de l'enseignement supérieur doivent-ils se voir appliquer le régime de la libre prestation de service ? La liberté d'établissement a-t-elle atteint un stade de fundamentalité tel qu'elle peut de fait remettre en cause des acquis syndicaux, non moins fondamentaux, comme le droit de grève ? En période de contraction des budgets sociaux, comment se donner les moyens de faire émerger une véritable solidarité européenne qui ne crée pas de discriminations juridiquement injustifiables ou politiquement insoutenables entre les citoyens de l'Union ? Ce que l'on peut regretter, en définitive, dans le contexte actuel, c'est l'environnement délétère où prennent place ces questions.

L'examen de conscience auquel invite la période contemporaine (à savoir : se départir d'une certaine croyance irénique dans les vertus du marché et de la concurrence) n'est pas aisé, car cet irénisme fait fond sur un *credo* profondément ancré : de la ruse du marché on n'a rien attendu de moins que l'accomplissement – messianique – d'un projet politique. Or, à rebours de l'intuition fondatrice, typiquement libérale, des pères de l'Europe, il s'avère que l'économie ne peut plus être appréhendée comme le terrain d'une pacification naturelle des relations entre États<sup>16</sup>. Qu'il suffise de constater à quel point les conflits économiques et sociaux divisant les États membres sont directement alimentés par la logique de l'intégration européenne pour considérer combien l'intensification et la libéralisation du commerce ne sont plus aujourd'hui en mesure de jouer le rôle unificateur qui fut le leur dans la première période de la construction européenne. Néanmoins, si l'on doit sortir d'un certain aveuglement libéral, ce n'est pas pour revenir au protec-

---

<sup>16</sup> Jean-Pierre Dupuy résume bien cette idée en rappelant, dans une veine smithienne, que l'économie « contient » la violence, aux deux sens endossés par le verbe « contenir » : elle limite son expression tout autant qu'elle en est l'expression (J.-P. DUPUY, *Le Sacrifice et l'Envie. Le libéralisme aux prises avec la justice sociale* [1992], Paris, Hachette, 2009, chap. III ; J.-P. DUPUY, *L'Avenir de l'économie* [2012], Paris, Flammarion, 2014, p. 39-42).

tionnisme national, c'est pour mesurer les effets pervers du libre-échange dans un monde insuffisamment régulé.

### *Quelle définition de la citoyenneté ?*

On l'aura compris, la citoyenneté européenne s'est construite sur un mode qui demande à être interrogé, à tel point que la question se pose de savoir si la citoyenneté européenne mérite sans discussion son titre de citoyenneté, si elle ne reste pas, fondamentalement une « citoyenneté de marché », c'est-à-dire une citoyenneté réduisant l'individu à sa seule dimension économique et à la rationalité qui va avec<sup>17</sup>. L'accolement oxymorique des deux termes ne vient-il pas annuler le concept lui-même ? L'implicite de l'interrogation suppose évidemment d'assumer une certaine définition substantielle de la citoyenneté, à savoir maintenir la dimension politique et collective de la citoyenneté en refusant de l'enfermer dans une acception socio-économique de format individualiste<sup>18</sup> – pour ne pas dire atomistique. Sauf à endosser une redéfinition très coûteuse du concept, un citoyen ne saurait se réduire à un individu mu par ses intérêts égoïstes et cherchant à faire valoir ses droits subjectifs sans considération du collectif dans lequel il s'insère. Jusqu'où, en d'autres termes, la construction européenne peut-elle faire souffrir la notion de citoyenneté tout en continuant d'en être légitimement justiciable ?

Sur l'ensemble des questions fondamentales qui assaillent l'Union européenne, tout se passe comme si l'observateur devait se résigner à deux options possibles : d'une part, s'enfermer dans une forme de stato-morphisme ou de « nationalisme méthodologique<sup>19</sup> », lequel viendrait aplatir la spécificité de l'expérience européenne en établissant comme indépassables les concepts issus du paradigme stato-national ; d'autre part, s'en remettre à une forme de nominalisme conceptuel non raisonné (la fameuse thèse du *sui generis*) tendant à enfermer l'Union dans une sorte singularité ontologique ab-

---

<sup>17</sup> Michelle Everson et Christoph Schönberger attribuent tous deux la paternité de l'expression « *Marktbürger* » au juriste allemand Hans Peter Ipsen qui l'aurait employée dès 1963, pour qualifier la situation de l'individu au sein de la Communauté (M. EVERSON, « The Legacy of the Market Citizen », in J. SHAW, G. MORE (dir.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 73-89 ; Ch. SCHÖNBERGER, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale », trad. Th. Guilluy, *Annuaire de l'Institut Villey*, n° 1, 2009, p. 267). Sur la notion de citoyenneté de marché, voir E. MEEHAN, *Citizenship and the European Community*, Londres, Sage, 1993 ; E. MEEHAN, « Citizenship and the European Community », *Political Quarterly*, n° 64, 1993, p. 172-186.

<sup>18</sup> Bien sûr, la réalité de la citoyenneté est plurielle et comprend de nombreuses dimensions – civile, politique, sociale (voir Th.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950) –, mais nous voyons dans la dimension politique ce qui fait l'unité du concept, son critère en quelque sorte, étant entendu que se situer sur un terrain politique, ce n'est pas négliger l'importance de la solidarité sociale dans la définition de la citoyenneté. Un simple repérage sémantique peut permettre de justifier cette approche dans l'étude de la citoyenneté de l'Union : c'est à partir du moment où le Conseil européen décide, en 1976, de l'élection au suffrage universel direct des eurodéputés que le thème de la citoyenneté se diffuse à l'échelle de la Communauté.

<sup>19</sup> U. BECK et E. GRANDE, *Pour un Empire européen* [2004], trad. A. Duthoo, Paris, Flammarion, 2007, p. 14 *sqq.*, p. 23 *sqq.* ; U. BECK, « Nationalisme méthodologique – cosmopolitisme méthodologique », trad. B. Boudou, *Raisons politiques*, n° 54, 2014, p. 103-120.

solument incommensurable. Nous préconisons pour notre part à la fois un minimum de réalisme conceptuel et une certaine dose de banalisation européenne<sup>20</sup>. En raison du nécessaire ancrage historique des concepts politiques, l'Europe ne peut faire comme si les grandes notions issues du paradigme de l'État étaient totalement à sa disposition et modifiables à l'envi<sup>21</sup>. Il y a, autrement dit, à prendre au sérieux l'inertie des concepts, leur mémoire, qui s'exprime notamment dans le vocabulaire utilisé. Ce premier mouvement du raisonnement constitue une étape intermédiaire qui ne doit pas éluder le second : en tant que processus transnational, l'Union européenne vient évidemment retravailler les concepts existants<sup>22</sup>. À cet égard, la critique du nationalisme méthodologique, au-delà de sa reconduction devenue routinière, recèle au moins ce mérite de lever l'hypothèque tendant à établir une équation d'égalité entre politique et État-nation. Il convient toutefois d'apporter cette précision importante : écarter l'hypothèque stato-nationale n'autorise en rien à déclarer nulle et non avenue l'idée même de communauté politique. Il y a bien deux cibles à distinguer sous la plume des pourfendeurs du nationalisme méthodologique : la domination intellectuelle du paradigme étatique, d'une part ; la mise en cause de toutes les formes d'aliénation collective de l'individu, d'autre part. Vise-t-on le cadre stato-national en tant que tel ou bien toute idée de communauté politique un tant soit peu stable et institutionnalisée<sup>23</sup> ? Autrement dit, lutter contre le statomorphisme ne doit pas conduire à répudier les principes du constitutionnalisme démocratique et de la souveraineté populaire. Ou bien alors il faut en assumer clairement le coût.

Certes, le cadre national n'est plus suffisant ; l'essentiel des choix politiques, notamment en matière sociale, ne peuvent plus être raisonnablement pris de manière isolée, à l'ombre des frontières des États. À l'interpréter comme un projet destiné à éveiller une ouverture de chaque démocratie nationale aux choix collectifs de ses partenaires au sein de l'Union, l'ambition de la citoyenneté européenne est éminemment louable ; encore faut-il

---

<sup>20</sup> Pour un appel à la banalisation, voir S. BARTOLINI, *Restructuring Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>21</sup> Bien sûr, tous les concepts à disposition ne sont pas nécessairement des concepts issus du paradigme étatique, mais ils ont le plus souvent été remodelés en son sein. Ainsi en va-t-il en tout cas du concept de citoyenneté. Nous nous inspirons ici de la *Begriffsgeschichte* koselleckienne (voir, par exemple, R. KOSELLECK, *Le Futur passé*, trad. J. et M.-C. Hoock, Paris, Éditions de l'EHESS, 1990 [1979]).

<sup>22</sup> La citoyenneté européenne est d'abord et avant tout une intercitoyenneté fédérative mue par un projet de mobilité transnationale placé au service de la construction d'un marché unifié et juridiquement porté par l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (voir Ch. SCHÖNBERGER, « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale », art. cité ; Ch. SCHÖNBERGER, *Unionsbürger*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005 ; Ch. SCHÖNBERGER, « Die europäische Union als Bund », *Archiv für öffentlichen Rechts*, n° 129, 1/2004, p. 81-120). Que cette citoyenneté ait débordé son cadre économique d'origine pour endosser une ambition sociale voire politique réclame précisément qu'on l'évalue et l'apprécie à cette aune.

<sup>23</sup> C'est ici le fond de la critique que nous adressons à la thèse de Catherine Colliot-Thélène (C. COLLIOT-THÉLÈNE, *La Démocratie sans demos*, Paris, PUF, 2011) : J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*

s'assurer d'avoir les moyens d'une telle ambition. Or, le droit de l'Union, à force d'avoir concentré toute son attention sur l'individu mobile en situation de réclamer le bénéfice du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (art. 18 § 1 TFUE), concourt à redéfinir le concept de citoyenneté dans un sens pour le moins problématique. Il vise l'intégration économique et sociale du ressortissant de l'Union dans son État d'accueil sans du tout considérer la dimension proprement politique de la citoyenneté et, par là, fait comme si l'horizon de l'intégration sociale pouvait être délié des enjeux de participation démocratique<sup>24</sup>. Dans quelle mesure l'objectif de la citoyenneté européenne peut-il être atteint sans assise politique propre et dûment pensée comme telle ? Les raisons de l'échec de la citoyenneté européenne sont-elles vraiment à imputer aux seuls États membres de l'Union ? La conception classique de la citoyenneté en termes de statut égalitaire n'invite-t-elle pas à remettre en cause la pertinence même de la catégorie « citoyenneté de l'Union » ? Voilà quelques-unes des questions que nous nous proposons d'examiner plus avant.

Sociale, la citoyenneté européenne l'est vraisemblablement en ce sens que son horizon ne se veut pas principalement politique. Mais n'étant pas politique, elle peut difficilement jouer le rôle de contrepoids à l'intégration économique auquel elle prétend. Mérite-t-elle alors de s'appeler « citoyenneté » ?

## 1. UNE CITOYENNETÉ SOCIALE ?

La citoyenneté européenne est née, sans que l'on s'en aperçoive vraiment, sur la base d'une généralisation de la liberté de circulation accordée aux opérateurs économiques en situation d'extranéité à l'intérieur du Marché commun, cœur identitaire de l'intégration<sup>25</sup>. Elle est le fait d'une construction graduelle et incrémentale, essentiellement portée par la jurisprudence. La question se pose de savoir si ce format séminal, celui d'une citoyenneté de marché, a véritablement été dépassé. Certes, les matières concernées par la construction européenne et les publics visés par la citoyenneté européenne ont été considérablement élargis, mais cette dynamique a pour l'essentiel opéré selon une logique de dilatation de la matrice du marché<sup>26</sup>, à tel point que, dans le domaine social comme dans de nombreux autres affectés par la construction européenne, le droit jurisprudentiel l'a emporté sur la volonté politique des États. Il l'a d'autant plus emporté que celle-ci a toujours été discordante (l'hétérogénéité ayant d'ailleurs été alimentée par les

---

<sup>24</sup> Y compris lorsqu'il octroie des droits politiques (des droits électoraux) au citoyen de l'Union, c'est dans une perspective d'intégration socio-économique.

<sup>25</sup> On l'aura compris, nous appréhendons la citoyenneté européenne au sens large, non pas à partir du seul droit originaire (en l'espèce le traité de Maastricht qui consacre *expressis verbis* la notion de « citoyenneté de l'Union »), mais telle qu'elle a d'abord été déployée par la Cour de justice à travers l'application extensive de la liberté de circulation des opérateurs économiques. Nous avons là un critère de distinction, parmi d'autres possibles, entre les deux expressions « citoyenneté de l'Union » et « citoyenneté européenne » (voir *infra*).

<sup>26</sup> Il n'est pas interdit de voir là un trait typiquement néolibéral, à savoir la tendance invasive à lire toutes les valeurs humaines à travers le prisme du marché (voir Ch. LAVAL, *L'Homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2008).



élargissements successifs) et que, en la matière, les compétences législatives sont pour l'essentiel demeurées dans les mains des États. Entretenu par le caractère négatif de l'intégration, ce découplage structurel a conduit à créer les conditions d'une concurrence normative et fiscale entre les États membres. Il sanctionne tout autant qu'il signe l'échec cuisant du projet d'Europe sociale.

### *Le passage problématique du marché à la citoyenneté*

Rappelons les deux caractéristiques principales de la citoyenneté européenne. Première caractéristique : la citoyenneté européenne est d'abord une création prétorienne fondée sur la libre circulation des travailleurs et l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité (article 7 du traité CEE). Le traité de Maastricht, qui consacre la notion de « citoyenneté de l'Union », n'a rien modifié de ce cadre jurisprudentiel d'origine<sup>27</sup>. Il faudra même attendre le traité de Lisbonne pour que le droit primaire en vienne à lier expressément non-discrimination et citoyenneté de l'Union (la partie II du TFUE est précisément intitulée « Non-discrimination et citoyenneté de l'Union »). Seconde caractéristique : c'est dans une optique purement instrumentale que la Cour de justice a construit cette citoyenneté transnationale. Il s'agissait, *via* l'application combinée des principes de la liberté de circulation des travailleurs et de non-discrimination en raison de la nationalité, de bâtir le marché européen en supprimant les entraves nationales, c'est-à-dire en fusionnant les marchés nationaux. Le travailleur migrant ressortissant d'un État membre présent sur le territoire d'un autre État membre, telle est bien la première figure du citoyen européen<sup>28</sup>, un « citoyen » saisi en tant qu'agent économique et mis au service d'une finalité fonctionnelle dépassant de très loin la simple défense de ses droits<sup>29</sup>. Les personnes économiquement inactives étaient de fait exclues du mouvement. Intervenue

---

<sup>27</sup> Il faut d'ailleurs constater que la deuxième partie du traité CE, consacrée à la citoyenneté de l'Union, ne comprend absolument aucune disposition relative à l'égalité de traitement ou à la non-discrimination en raison de la nationalité. La Commission avait proposé à la conférence intergouvernementale d'insérer des dispositions relatives à la liberté de circulation et à la non-discrimination dans la deuxième partie du traité CE, mais les États ont refusé. En matière de citoyenneté, le tournant du traité de Maastricht demande donc à être relativisé. Il pose le label « citoyenneté de l'Union », consacre de nouveaux droits mais se contente, pour le reste, d'entériner la dynamique antérieure de la citoyenneté européenne (voir J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*).

<sup>28</sup> Paul Magnette rappelle utilement que les premiers bénéficiaires de la citoyenneté européenne *lato sensu* furent les migrants italiens venus travailler dans les mines du nord de l'Europe (P. MAGNETTE, « Comment peut-on être européen ? », *Raison publique*, n° 7, 2007, p. 99-113). En cela, la citoyenneté européenne première manière revêtait une forte dimension sociale.

<sup>29</sup> En cette matière comme en de nombreuses autres, la Cour de justice aura fait des particuliers ses meilleurs alliés, ses « agents auxiliaires », a-t-on pu dire (R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 260) : en créant des droits à leur bénéfice, la jurisprudence leur a donné la possibilité d'assurer son propre développement par le biais des recours juridictionnels. La doctrine allemande, pour décrire le processus en jeu, dont le ressort principal réside dans « la mobilisation du citoyen pour la mise en œuvre du droit », a parlé de « subjectivisation fonctionnelle » (J. MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997).

ensuite, la fondamentalisation des droits de l'individu européen n'a pas véritablement effacé cette étape inaugurale ; elle a fait souche à partir d'elle, comme souterrainement contrainte par un sentier de dépendance très étroit.

L'histoire ultérieure de la citoyenneté européenne n'est pas seulement celle de l'élargissement du cercle de ses bénéficiaires, elle est aussi celle de la densification des droits attachés à ce statut. Non seulement les juges se sont évertués à conférer tout son effet utile au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais le législateur européen lui-même a tenu à donner sa pleine portée à ce projet de mobilité transnationale. Dès la fin des années 1960 et le début des années 1970, les travailleurs communautaires en situation d'extranéité n'ont pas uniquement reçu le droit de se déplacer et de séjourner sur le territoire de l'ensemble des États membres ; on leur a surtout reconnu le droit d'être traités dans leur État d'accueil comme s'ils n'y étaient pas des étrangers au sens juridique du terme. Le bénéfice de la liberté de circulation et de séjour a ainsi été reconnu aux membres de la famille du travailleur migrant (conjoint, enfants et ascendants à charge) au titre du droit à une vie familiale normale<sup>30</sup>, puis progressivement élargi aux anciens travailleurs<sup>31</sup>.

Afin d'étendre au maximum la sphère d'application du droit du Marché intérieur, la Cour de justice a interprété de manière très large à la fois la notion d'agent économique et celle d'activité économique<sup>32</sup>. Elle a également encadré de manière très stricte les différentes possibilités reconnues aux États de déroger à la libre circulation (ordre public, sécurité publique et santé publique)<sup>33</sup>. Un mouvement d'ensemble a pu ainsi être initié : la Cour a, en particulier, étendu le bénéfice de la libre circulation aux touristes et aux

---

<sup>30</sup> Conseil, *Règlement 1612/68/CEE relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté*, 15 oct. 1968 ; *Directive 68/360/CEE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs de États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté*, 15 oct. 1968 ; *Directive 73/148/CEE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services*, 21 mai 1973.

<sup>31</sup> Commission, *Règlement 1251/70/CEE relatif au droit des travailleurs de demeurer sur le territoire d'un État membre après y avoir occupé un emploi*, 29 juin 1970 ; Conseil, *Directive 75/34/CEE relative au droit des ressortissants d'un État membre de demeurer sur le territoire d'un autre État membre après y avoir exercé une activité non salariée*, 17 déc. 1974.

<sup>32</sup> Qu'il suffise de citer son arrêt *Unger* de 1964 reconnaissant le bénéfice de la liberté de circulation et de séjour pour simple convenance personnelle (CJCE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger* [aff. 75/63]). On a pu dire que la Cour avait érigé la notion d'activité économique en « catégorie dogmatique » (A. SUPIOT, « Introduction », in A. SUPIOT (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 18).

<sup>33</sup> Les cadres fondamentaux de la jurisprudence ont été posés dès les années 1970 : CJCE, 4 déc. 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office* [aff. 41/74] ; CJCE, 26 janv. 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln* [aff. 67/74] ; CJCE, 28 oct. 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur* [aff. 36/75]. Depuis que la libre circulation relève formellement de la citoyenneté de l'Union (c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne), le contrôle de la Cour de justice se fait d'ailleurs encore plus strict.

destinataires de services<sup>34</sup>, ainsi qu'aux chômeurs en recherche d'emploi dans un autre État membre que leur État national<sup>35</sup>. De son côté, le législateur européen a accompagné et encadré le processus. Il est notamment intervenu en juin 1990 pour reconnaître aux retraités et aux étudiants le bénéfice de la libre circulation<sup>36</sup>, mais a tenu à limiter assez strictement l'exercice de ce nouveau droit en imposant des conditions de ressources et de couverture sociale<sup>37</sup>. Les bénéficiaires du droit de séjour doivent disposer de ressources suffisantes et d'une assurance-maladie de manière à « éviter qu'ils ne deviennent une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil ».

Relevons d'ores et déjà ce paradoxe : à mesure que le droit de libre circulation se détache de l'activité économique *stricto sensu*, il ne manque pas de confirmer son ancrage fondamentalement économique. Autrement dit, si le droit de séjour se trouve de fait détaché de l'activité professionnelle, il reste soumis à un principe de conditionnalité de type économique. Le critère discriminant n'est plus celui de l'activité économique, mais celui du niveau (suffisant ou non) de ressources financières et de couverture sociale<sup>38</sup>. Ce qui compte en définitive, ce n'est pas tant d'avoir un travail (quand bien

---

<sup>34</sup> Respectivement : CJCE, 31 janv. 1984, *Graziana Luisi et Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro* [aff. C-286/82 et 26/83] ; CJCE, 2 fév. 1989, *Ian William Cowan c. Trésor public* [aff. C-186/87].

<sup>35</sup> CJCE, 26 fév. 1991, *Gustaff Desiderius Antonissen* [aff. C-292/89].

<sup>36</sup> Conseil, *Directive 90/364/CEE relative au droit de séjour*, 28 juin 1990 ; *Directive 90/365/CEE relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle*, 28 juin 1990 ; *Directive 93/96/CEE relative au droit de séjour des étudiants*, 29 oct. 1993. Ces trois textes ont été abrogés par la directive 2004/38 qui distingue différents types de séjour en fonction de leur durée (PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*, 29 avril 2004).

<sup>37</sup> Les étudiants et les retraités sont perçus, d'abord et avant tout, comme de futurs travailleurs et d'anciens travailleurs. Il faudra le développement ultérieur de la dimension sociale de la citoyenneté européenne pour que les étudiants et les retraités soient considérés comme des citoyens à part entière. Le même raisonnement vaudra pour les demandeurs d'emploi : d'abord considérés comme des travailleurs en devenir, ils deviendront peu à peu citoyens au sens du droit de l'Union.

<sup>38</sup> Voir P. RODIÈRE, « Actualité des solidarités sociales en droit européen », in A. SUPLOT (dir.), *La Solidarité*, *op. cit.*, p. 311-345, ici p. 321 *sqq.* En effet, un citoyen de l'Union, qu'il soit actif ou inactif, disposant de ressources suffisantes ne soulève aucun problème particulier : il peut s'installer sans condition dans un État membre autre que le sien. Lorsqu'il est actif mais ne dispose pas de ressources suffisantes pour vivre, le citoyen de l'Union ayant fait usage de sa liberté de circulation peut au moins partiellement accéder à l'aide sociale du pays d'accueil. Il n'en va pas de même pour le citoyen inactif sans ressources suffisantes, susceptible de devenir une « charge déraisonnable » pour les finances publiques de l'État d'accueil. Les exigences se font ici beaucoup plus strictes : son droit de séjour transnational est conditionné et temporaire. Passé un certain délai raisonnable (de recherche d'emploi), il peut se voir contraint de quitter le territoire de l'État d'accueil. La charge qu'il représente, en d'autres termes, ne peut être que transitoire et son endossement par l'État d'accueil est soumis à l'obtention d'un travail. Il s'agit, là encore, d'une solution posée par la Cour (CJCE, 1991, *Antonissen* [aff. C-292/89]). Précisons qu'un chômeur peut obtenir une aide à la recherche d'emploi si et seulement si cette recherche est effective dans le marché du travail de l'État concerné (CJCE, 23 mars 2004, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions* [aff. C-138/02]) (voir *infra*).

même l'activité économique est interprétée comme une présomption de ressources suffisantes) que de disposer de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins.

Si les inactifs sont intégrés au mouvement progressif d'élargissement de la citoyenneté européenne, ils demeurent en grande partie exclus de l'accès aux dispositifs de solidarité nationale. Or, n'est-ce pas lorsqu'il s'agit de prendre en charge les personnes sans ressources que la solidarité se révèle dans toute sa vérité<sup>39</sup> ? Le cas des inactifs a bel et bien valeur de test : il y a une solidarité véritable, au sens propre du terme, si et seulement si l'octroi des bénéfices sociaux n'est pas conditionné à une contribution économique mais, plus fondamentalement, à une appartenance politique. Ainsi que le révèlent les mécanismes qui ont historiquement pris corps au sein des États, selon un principe de fermeture nationale, la solidarité repose non pas sur une logique assurantielle de contrepartie, mais sur un rapport de réciprocité qui vient lier les membres d'une communauté dans son ensemble. C'est bien, entre autres facteurs, un tel sentiment d'appartenance à un même collectif, et à un collectif suffisamment pérenne, qui a permis l'établissement à la fois de la confiance réciproque et du consentement nécessaire aux efforts contributifs de solidarité. En ce sens, il faut se demander si la citoyenneté sociale européenne est véritablement en mesure de tenir ses promesses.

Encore convient-il de bien distinguer entre assurance et assistance. Très tôt, la sécurité sociale des travailleurs en situation de mobilité transnationale a fait l'objet d'un dispositif de coordination entre les États membres. Mais, en l'absence d'une possibilité de consensus sur un mécanisme harmonisé de sécurité sociale au niveau européen, on ne pouvait guère aller au-delà de la simple coordination des législations nationales – sur le mode classique du conflit de lois<sup>40</sup>. S'agissant de l'assistance et, en particulier, des prestations à caractère non-contributif, les enjeux de l'europanisation se révèlent beaucoup plus complexes et soulèvent des problèmes autrement plus difficiles, qu'un traitement jurisprudentiel ne saurait épuiser.

---

<sup>39</sup> Tel est l'enseignement tiré du précédent américain si on veut bien le considérer à la lumière d'une décision rendue en 1941 par la Cour suprême aux termes de laquelle les restrictions à la liberté de mouvement des citoyens américains sans ressources ont été levées (UNITED STATES SUPREME COURT, 24 Nov. 1941, *Edwards v. People of State of California* [314 U.S. 160]). Le parallèle entre les États-Unis et l'Union européenne ne manque pas d'être instructif : non seulement la forme politique de l'Europe n'est pas vraiment comparable à celle des États-Unis mais la Fédération américaine a attendu d'être un « État fédéral consolidé » (pour reprendre une expression chère à Christoph Schönberger) avant de parvenir à cette solution.

<sup>40</sup> D'abord codifié par le règlement 1408/71/CEE (Conseil, *Règlement 1408/71/CEE relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté*, 14 juin 1971), le mécanisme est aujourd'hui défini dans le règlement 883/2004/CE (PARLEMENT EUROPÉEN et CONSEIL, *Règlement 883/2004/CE portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale*, 29 avril 2004 ; *Règlement 987/2009/CE fixant les modalités d'application sur règlement 883/2004*, 16 sept. 2009) et se fonde sur trois principes : unicité de la législation applicable, exportabilité des prestations, totalisation des périodes d'assurance. Voir P. RODIÈRE, « Coordination européenne des sécurités sociales et conflit de lois (quelques observations) », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, 2016, p. 63-79.

### *Le découplage structurel de l'économique et du social*

L'autonomisation de la citoyenneté européenne par rapport aux considérations économiques trouve sans doute son point d'aboutissement lorsque les droits attachés à son régime juridique en viennent à être reconnus au bénéfice des non-actifs. Le traité de Maastricht étant resté muet sur la question de l'égalité de traitement entre les citoyens européens, c'est la Cour de justice, une fois encore, qui prend les devants en 1998 pour initier le mouvement de la citoyenneté sociale et ouvrir aux inactifs le bénéfice des prestations non-contributives.

Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, l'arrêt *Martinez Sala* introduit en effet un renversement par rapport à la logique antérieure<sup>41</sup>. Aux termes de ce revirement, ce n'est plus la qualité de travailleur migrant mais celle de citoyen européen elle-même qui, indépendamment du statut de travailleur, confère à son bénéficiaire un titre direct à l'octroi d'avantages sociaux dans son État d'accueil. Pour la première fois, le principe de non-discrimination s'applique indépendamment du statut de travailleur migrant. Tout citoyen de l'Union séjournant sur le territoire d'un État autre que celui de sa nationalité doit se voir accorder le droit à l'égalité de traitement dans le champ d'application du traité. En affirmant par là, avec netteté, le lien entre le statut de citoyen européen et la clause de non-discrimination en raison de la nationalité, la Cour détache le droit à l'égalité de traitement de sa logique initialement économique pour le rattacher désormais à la citoyenneté de l'Union.

À elle seule, convenons-en, cette décision ne constituait pas un revirement total par rapport à la jurisprudence antérieure : elle se contentait finalement, au moyen d'une opération de translation, de faire entrer le régime juridique de la citoyenneté européenne dans le cadre déjà établi du Marché intérieur<sup>42</sup>. La qualité de citoyen n'avait ainsi pour seul effet, pourrait-on dire, que d'accorder à une citoyenne européenne le bénéfice des règles jusque-là afférentes à la libre circulation des travailleurs – en l'espèce le bénéfice d'une allocation d'éducation pour un enfant. Mais cette translation-requalification ne constituait qu'une étape intermédiaire. La seconde salve de la rupture intervient quatre ans plus tard, peu après l'adoption de la charte des droits fondamentaux. Avec l'arrêt *Baumbast*, la Cour érige cette fois explicitement la citoyenneté de l'Union en source autonome d'un ensemble de droits, dont la liberté de circulation et le principe de non-discrimination ne s'apparentent plus désormais qu'à des composantes parmi

---

<sup>41</sup> CJUE, 12 mai 1998, *Maria Martinez Sala c. Freistaat Bayern* [aff. C-85/96]. Dans cet arrêt, les juges reconnaissent à une ressortissante espagnole sans activité résidant en Allemagne le droit d'obtenir une allocation d'éducation pour son enfant dans les mêmes conditions que les ressortissants allemands. Précisons que ce n'est pas, en l'espèce, la légalité du séjour qui fonde le droit à l'égalité de traitement social, c'est l'inverse – les conditions du droit au séjour n'étant pas remplies par l'intéressée.

<sup>42</sup> Procédé encore confirmé dans deux arrêts ultérieurs : CJCE, 24 nov. 1998, *Procédure pénale c. Horst Otto Bickel et Ulrich Franz* [aff. C-274/96] et CJCE, 20 sept. 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* [aff. C-184/99].

d'autres<sup>43</sup>. C'est à présent sur le fondement autonome de la citoyenneté européenne que la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union se voit reconnaître un effet direct<sup>44</sup>.

La dynamique de généralisation de l'accès aux avantages sociaux ne concerne plus seulement les retraités et les étudiants, elle concerne désormais également les personnes économiquement inactives et financièrement impécunieuses<sup>45</sup>. De là comprend-on que les problèmes se sont principalement cristallisés autour de l'accès aux prestations sociales non-contributives. Le mouvement d'ouverture de la libre circulation et du libre séjour aux inactifs ayant mis une dizaine d'années à déployer toute sa logique, la mutation décrite est demeurée dans un premier temps assez largement imperceptible. Ce sont les lumières de la rétrospection qui nous permettent aujourd'hui d'y voir plus clair et font de l'élargissement à l'Est le point de fixation de nombreuses angoisses.

Prenant place à l'intérieur d'un dispositif où la dimension sociale de la citoyenneté se trouve de fait arrimée au Marché intérieur, l'octroi de la libre circulation aux inactifs sans ressources change radicalement la donne et modifie l'attitude des États membres. Dans le schéma initial de la libre circulation offerte aux seuls travailleurs, l'État d'accueil voyait son ouverture directement compensée par une contribution à sa croissance économique et une participation au financement de ses services sociaux. Quelque chose comme un jeu donnant-donnant se mettait en place, rappelant, si besoin était, que le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et migrants européens s'appliquait aux seules dimensions européanisées de la vie nationale. Dans le nouveau schéma de la libre circulation ouverte aux inactifs et aux personnes sans ressources, l'État d'accueil ne retire pas d'avantages économiques directs et se voit subrepticement déporté du terrain de l'assurance vers celui de l'assistance. La citoyenneté de l'Union donne accès à des prestations sociales non-contributives qui, de son point de vue, ont

---

<sup>43</sup> CJCE, 12 sept. 2002, *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department* [aff. C-413/99]. Nous suivons l'interprétation de Loïc Azoulai (L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne... », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué. Chemins d'Europe, op. cit.*, p. 5).

<sup>44</sup> « Le traité sur l'Union européenne, écrit la Cour, n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité professionnelle, salariée ou indépendante, pour jouir des droits prévus dans la deuxième partie du traité CE, relative à la citoyenneté de l'Union. » (CJCE, 2002, *Baumbast* [aff. C-413/99], pt 83). L'arrêt précise que les limitations étatiques en matière de citoyenneté doivent être interprétées de manière stricte et faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

<sup>45</sup> S'agissant des étudiants : CJCE, 2001, *Grzelczyk* [aff. C-184/99] et CJCE, Gr. ch., 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar c. London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills* [aff. C-209/03]. S'agissant des chômeurs : CJCE, 2004, *Collins* [aff. C-138/02] et CJCE, 15 sept. 2005, *Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis* [aff. C-258/04]. S'agissant des personnes sans ressources suffisantes : CJCE, Gr. ch., 7 sept. 2004, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles* [aff. C-456/02]. Autant d'arrêts essentiels dans la construction jurisprudentielle de la dimension dite sociale de la citoyenneté européenne, lesquels font apparaître son lien intime avec le principe de non-discrimination. On peut ajouter l'arrêt *D'Hoop*, rendu dans la même période, sur lequel nous reviendrons plus bas (CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi* [aff. C-224/98]).

cette spécificité par rapport aux autres droits – les droits contributifs – de comporter des implications budgétaires pour les finances nationales<sup>46</sup>. En d'autres termes, les droits de la citoyenneté européenne font peser sur les États membres des contraintes sociales sans véritable garantie de contrepartie économique<sup>47</sup>. Aussi, de plus en plus habitués à penser leur participation à l'intégration européenne en termes de charges induites et de bénéfices retirés, les États membres vont avoir tendance à réintroduire, sans les assumer comme telles, des formes de conditionnalité à l'accès aux prestations sociales offertes par leur système de solidarité.

Encore faut-il préciser que tous les États membres ne sont pas affectés de la même manière par les effets de la citoyenneté sociale européenne. S'ils présentaient un certain degré d'homogénéité au début du processus d'intégration, les systèmes nationaux de solidarité ont connu un accroissement mécanique de leurs divergences au fil des élargissements successifs de l'Union<sup>48</sup>. Qu'il suffise, par exemple, de considérer la grande distinction entre les systèmes relevant du modèle bismarckien et ceux relevant du modèle beveridgien<sup>49</sup>. La condition de nationalité (en tant que critère d'éligibilité aux droits sociaux) n'ayant pas le même statut dans l'un cas et l'autre cas, les réactions ne peuvent être tout à fait les mêmes face à l'arrivée de ressortissants inactifs venus des autres États membres.

Pendant que la dynamique de la citoyenneté européenne et ses implications en matière sociale font apparaître combien il est difficile de dissocier les aspects économiques et les aspects non économiques de la liberté des personnes, le droit de l'Union continue structurellement de reposer sur un découplage entre la sphère sociale et la sphère économique, entre les politiques sociales et les politiques économiques. Les grandes libertés économiques ont été européanisées dans le cadre du Marché intérieur ; la protection sociale et le droit du travail, en revanche, continuent de relever du niveau national. Aussi, dans la mesure où les libertés économiques ont été fondamentalisées à l'échelle européenne au point de revêtir une dignité

---

<sup>46</sup> Implications *immédiatement* perceptibles, faut-il préciser, car, à bien y réfléchir, tous les droits supposent, pour leur garantie, des implications budgétaires, ne serait-ce que pour financer l'entretien d'un cadre institutionnel et juridique. C'est ici un angle mort théorique persistant de la perception classique opposant la structure des droits fondamentaux de la première génération (les droits libéraux qui appelleraient une abstention de la puissance publique) à celle des droits fondamentaux de la deuxième génération (les droits sociaux qui appelleraient une intervention de la puissance publique).

<sup>47</sup> On ne saurait par ailleurs oublier que les citoyens européens inactifs en situation d'extranéité dans l'Union sont aussi consommateurs et donc des contributeurs fiscaux dans leur État d'accueil.

<sup>48</sup> L'inertie des concepts est ici en adéquation avec l'inertie des pratiques. Si l'on peine à penser une solidarité sociale qui dépasse les frontières de l'État, ce n'est pas par nationalisme méthodologique, c'est parce que les mécanismes de solidarité ont historiquement pris corps au sein des États et participent d'une certaine culture politique (voir J.-Cl. BARBIER, *La Longue marche vers l'Europe sociale*, Paris, PUF, 2008).

<sup>49</sup> Voir G. ESPING-ANDERSEN, *Les Trois mondes de l'État-providence*, trad. F.-X. Merrien, Paris, PUF, 2007 [1990].

constitutionnelle<sup>50</sup>, le logiciel du Marché unique tend, potentiellement, à faire apparaître les mécanismes nationaux de solidarité comme autant d'entraves à la libre circulation des personnes<sup>51</sup>. Bien sûr un rattrapage social a-t-il été tenté, mais il a pour l'essentiel échoué et n'a, en tout cas, pas remis en cause l'asymétrie structurelle entre la dimension transnationale du Marché commun et la dimension nationale des États-providence.

### *La mise en concurrence des États membres*

L'examen de cette dissociation entre les sphères économique et sociale fait apparaître une tension souvent occultée, et pourtant évidente, opposant mobilité transnationale et solidarité sociale<sup>52</sup>. D'un côté, le projet économique de la mobilité transnationale qui passe par la reconnaissance de droits subjectifs au bénéfice des individus. De l'autre, la mise en place d'un dispositif institutionnel de solidarité qui suppose la définition et le respect d'obligations collectives. Si cette tension entre mobilité transnationale et solidarité sociale est souvent occultée, c'est tout simplement parce qu'on tend à oublier la différence de principe entre assurance et assistance ainsi qu'entre prestations contributives et prestations non-contributives. Tant que la libre circulation ne bénéficie qu'à des personnes économiquement actives ou à des personnes qui ne sollicitent pas le système de solidarité de leur État d'accueil, aucun problème majeur ne se pose, aucun problème en tout cas que ne saurait résoudre le mécanisme européen de coordination prévu à cet effet (voir *supra*). Il n'en va plus de même à partir du moment où la libre circulation bénéficie également aux personnes impécunieuses. En effet, la réalisation du projet de mobilité intra-européenne exige dès lors l'appui d'un dispositif de solidarité – dispositif de solidarité totalement inexistant au niveau européen, car institutionnalisé au seul niveau national<sup>53</sup>.

Ce découplage entre la constitution économique et la constitution sociale résulte à la fois d'une résistance et d'une croyance. Résistance culturelle des traditions nationales d'une part : chaque État est évidemment attaché à son système social et fiscal qui se situe au cœur névralgique du lien démocratique et national. Quand bien même la fonction de la citoyenneté européenne est aussi d'inciter les Européens à s'ouvrir aux choix démocratiques des autres États membres, il est difficile de considérer cette résistance

---

<sup>50</sup> Voir J. BARROCHE, « Une succession de traités peut-elle tenir lieu de Constitution ? », in C. JOUIN (dir.), *La Constitution matérielle de l'Europe*, *op. cit.*

<sup>51</sup> L'analyse des effets de cette dissociation entre constitution économique et constitution sociale est au cœur des travaux de Fritz Scharpf et de Christian Joerges (F.W. SCHARPF, « The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity », *Journal of Common Market Studies*, n° 40, 2002, p. 645-670 ; Ch. JOERGES, « Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozess? Ein melancholischer Rückblick », in G. BRÜGGE-MEIER (dir.), *Liber Amicorum Eike Schmidt*, Heidelberg, Müller, 2005, p. 187-222).

<sup>52</sup> Voir S. BARBOU DES PLACES, « Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union : des affinités électives ? », in Ch. BOUTAYEB (dir.), *La Solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011, p. 217-244.

<sup>53</sup> Le lien entre État et solidarité (tout comme celui entre État et démocratie) n'est évidemment pas ontologique, mais son caractère historique ne dispense pas de s'interroger sur le cadre dans lequel peut se réaliser la solidarité : ce cadre ne doit-il pas prendre la forme nécessaire d'une communauté politique ?



comme tout à fait illégitime<sup>54</sup>. Croyance fonctionnaliste dans les vertus intrinsèques du marché d'autre part : on a cru, non sans sincérité, que l'intégration sociale suivrait logiquement et naturellement l'intégration économique, que la résorption des inégalités procéderait de la prospérité générale induite par le libre-échange et la concurrence non faussée. Or, une communauté d'intérêts économiques favorisant la mobilité ne débouche pas nécessairement sur un espace de solidarité. Pire, en l'absence d'harmonisation européenne, c'est la compétition normative et fiscale entre les États membres qui prévaut : une concurrence entre États membres qui avance sous la bannière d'un principe en apparence bienveillant – sorte d'équivalent de la reconnaissance mutuelle appliqué à la matière sociale (voir *infra*) –, et une tendance structurelle au nivellement par le bas qui fait office de politique européenne. On ne saurait plus ignorer cette réalité économique : dès lors que les capitaux sont totalement libres, les systèmes nationaux de protection sociale et de redistribution fiscale se trouvent fatalement exposés et les États incités à s'aligner sur les standards les moins protecteurs, les moins exigeants, bref les plus rentables.

La croyance étant décidément l'un des principaux ressorts de la construction européenne, on a un temps pensé que la concurrence normative entre États pourrait être bénéfique, que la ruse (néo-)libérale opérerait et finirait par accoucher de ce que les Européens se révélaient incapables de décider ensemble<sup>55</sup>. Le moins que l'on puisse dire est que les espérances quasi providentielles placées dans cette mise en concurrence des régimes sociaux et fiscaux ont été déçues. Les États n'ont en rien été poussés à étendre les avantages sociaux offerts par leur fiscalité et leur système de solidarité pour rester attractifs aux yeux de leurs propres ressortissants (éviter leur départ) ou le devenir aux yeux des autres citoyens européens (les attirer sur leur sol). C'est bien l'inverse qui s'est produit, alimentant à la fois une vision de l'attractivité essentiellement tournée vers les entreprises et leur course à la compétitivité et une vision de la mobilité des individus dictée par la recherche des meilleurs avantages au meilleur prix. Confrontés au nouvel environnement créé tant par la mobilité des capitaux que par le dernier élargis-

---

<sup>54</sup> Avec Fritz Scharpf, on peut raisonner à cet égard en termes de « diversité légitime » (F.W. SCHARPF, « La diversité légitime : un nouveau défi de l'intégration européenne », trad. B. Poncharal, *Revue française de science politique*, vol. 52, n<sup>os</sup> 5-6, 2002, p. 609-639). Plus récemment, dans le même sens, voir Ch. JOERGES, « Will the Welfare State Survive European Integration? On the Exhaustion of the Legal Conceptualisations of the Integration Project from the Foundational Period and the Search for a New Paradigm », *European Journal of Social Law*, n<sup>o</sup> 1, 2011, p. 375-390.

<sup>55</sup> Dans son maître-ouvrage sur la construction européenne, Jean-Marc Ferry, qui peut difficilement passer pour un partisan dogmatique du marché, semblait par exemple promouvoir une forme de concurrence entre les différents systèmes politiques et sociaux des États membres – une concurrence de bon aloi, pourrait-on dire, qu'il considérait alors comme une saine émulation (J.-M. FERRY, *La Question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000, p. 111-112). Mais, depuis l'élargissement de 2004 et l'échec, l'année suivante, du projet de traité de constitutionnel, il est devenu difficile de se revendiquer d'un quelconque modèle de « fédéralisme concurrentiel » (J.-M. FERRY, *La République crépusculaire. Comprendre le projet européen in sensu cosmopolitico*, Paris, Cerf, 2010, p. 126 ; J.-M. FERRY, « Fédéralisme ou cosmopolitisme : quel principe politique pour l'Union européenne ? », in M. FÆSSEL et L. LOURME (dir.), *Cosmopolitisme et démocratie*, Paris, PUF, 2016, p. 31).

sement, les États ont le plus souvent choisi d'adapter leur politique fiscale en réduisant les charges sur les bases d'imposition mobiles et en les concentrant sur les bases non mobiles (la consommation en particulier). *Dumping* social et délocalisation d'un côté : le déphasage entre les volets économique et social de l'intégration européenne a suscité à la fois de nombreuses craintes de *dumping* social et une angoisse persistante de délocalisation des activités économiques soumises au jeu de la compétitivité comparative. « Tourisme social » de l'autre : quand bien même l'expression, épistémologiquement douteuse, renvoie pour l'essentiel à un fantasme (voir *supra*), on reste en droit de s'interroger sur la philosophie profonde d'un dispositif qui tend à entériner des comportements individuels mus par l'utilitarisme le plus consumériste. N'est-il pas difficile, dans ces conditions, de parler de citoyenneté « sociale » ?

Loin de nous, pour autant, la mauvaise intention d'insinuer l'idée qu'il y aurait ici à l'œuvre, dans cette face inversée de la ruse néolibérale décrite plus haut, un quelconque projet conscient de lui-même, au sens d'une stratégie intentionnelle et préméditée, ourdie par les élites européennes. Nul complot à débusquer, mais des effets de système non maîtrisés et non anticipés comme tels à reconstituer.

La fameuse jurisprudence *Viking-Laval* constitue l'expression exemplaire de cette mise en concurrence des États<sup>56</sup>. En l'espèce, la Cour de justice conteste de fait aux États membres le droit d'imposer des normes sociales aux entreprises européennes opérant sur leur sol. Quand bien même une inflexion a pu être introduite depuis, les solutions posées par cette jurisprudence ne manquent pas d'interroger sur la consistance – et l'ambition – sociale de la citoyenneté européenne. Aux termes de l'arrêt *Viking*, c'est la libre prestation de service qui prévaut sur le droit de grève ; avec l'arrêt *Laval*, c'est au tour de la liberté d'établissement d'une entreprise de l'emporter sur les conventions collectives nationales. Dans les deux cas, en définitive, le juge se contente d'un raisonnement abstrait là où par ailleurs il est capable de se montrer très soucieux des situations concrètes ; il se borne à concilier dans l'absolu la liberté économique, celle de l'entrepreneur, et les droits sociaux, ceux des travailleurs, sans du tout prendre en considération la réalité empirique du contexte soumis à son appréciation, à savoir l'asymétrie fondamentale de situation entre les parties en litige<sup>57</sup>.

Bien sûr la Cour (ré-)affirme-t-elle par ailleurs avec solennité des principes généreux – et généraux – dont elle ne fait pas application en l'espèce : elle se réfère précisément au traité de Lisbonne en invoquant un horizon de « progrès social » ainsi que la fameuse perspective d'une « égalisation dans

---

<sup>56</sup> CJCE, Gr. ch., 11 déc. 2007, *Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti* [aff. C-438/05] ; CJCE, Gr. ch., 18 déc. 2007, *Laval un Partneri Ltd* [aff. C-341/05]. Il faut également ajouter l'arrêt *Rüffert* : CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen* [aff. C-346/06].

<sup>57</sup> Voir L. AZOULAI, « L'autonomie de l'individu et la question du statut », in C. KESSEDIAN (dir.), *Autonomie du droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2013, p. 187-205, ici p. 198.

le progrès<sup>58</sup> ». Mais il y a tout lieu de penser que l’hyperbole de la fundamentalité n’est ici qu’un subterfuge compensatoire. On voit en tout cas, de manière particulièrement exemplaire, les limites criantes d’un recours à la logique, froide et mécanique, des seuls droits fondamentaux<sup>59</sup> : visant l’article 28 de la charte de Nice, la Cour érige le droit de grève en principe général du droit de l’Union et le qualifie de droit fondamental, non sans rappeler au passage que ce droit, aussi fondamental soit-il, ne saurait se prévaloir d’aucune absoluité. Rien de surprenant jusque-là. Dans les deux cas d’espèce, néanmoins, la logique des droits fondamentaux, en quelque sorte livrée à elle-même, joue en faveur de la seule intégration économique : la Cour considère tout simplement que le recours à l’action collective ne saurait venir limiter l’exercice des libertés économiques du marché<sup>60</sup>. On pourra nous rétorquer, sur le registre de la technique juridique, que la reconnaissance du caractère fondamental du droit de grève par le droit de l’Union n’implique pas que ce dernier doive respecter son exercice transnational. Soit. Mais l’enjeu est plus profond encore : en invoquant le principe de proportionnalité comme elle le fait<sup>61</sup>, la Cour de justice sort complètement de son rôle d’interprétation du droit de l’Union pour déterminer elle-même le bon équilibre entre les droits fondamentaux du Marché unique et le droit social propre à chaque État membre. Il ne s’agit pas, pour elle, de concilier deux niveaux d’exigence fondamentale, il s’agit de laisser subsister les exigences sociales si et seulement si les exigences économiques sont d’abord –

---

<sup>58</sup> CJCE, 2007, *Viking* [aff. C-438/05], pt 79 ; CJCE, 2007, *Laval* [aff. C-341/05], pt 105.

<sup>59</sup> Nous rejoignons plus généralement les nombreuses analyses critiques de la jurisprudence de la Cour qui, pointant son invocation mécanique et parfois aveugle de principes abstraits, invitent à considérer les situations concrètes où le droit européen a à s’appliquer dans le respect, espère-t-on, des principes de justice et de solidarité. Voir notamment A. WILLIAMS, « Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 29, n° 3, p. 549-577 ; F. DE WITTE, « Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts in Europe », *European Law Journal*, vol. 18, n° 5, 2012, p. 694-710 ; A. SANGIOVANNI, « Solidarity in the European Union », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, n° 2, 2013, p. 213-241.

<sup>60</sup> Pour une critique sans concession de cette jurisprudence, voir A. SUPLOT, « Le sommeil dogmatique européen », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2012, p. 185-198 ; R. SALAIS, *Le Viol d’Europe. Enquête sur la disparition d’une idée*, Paris, PUF, 2013, p. 335 *sqq.* Pour une lecture très empathique, voir M. ROUYER, « La moralité abjecte du besoin ? Du cosmopolitisme économique à la démocratie supranationale européenne », in M. ROUYER *e. a.* (dir.), *Regards sur le cosmopolitisme européen*, Bruxelles, Lang, 2011, p. 159-181 ; D. SARMIENTO, « La justice sociale dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2013, p. 39-59. Pour une approche plus nuancée mais critique, voir Pierre RODIÈRE, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 44, n° 1, 2008, p. 47-66 ; « Actualité des solidarités sociales en droit européen », in A. SUPLOT (dir.), *La Solidarité*, *op. cit.*, p. 333 *sqq.* ; Ch. JOERGES et F. RÖDL, « Das soziale Defizit des europäischen Integrationsprojekts. Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem “sozialen Defizit” des Integrationsprojekts », *Kritische Justiz*, vol. 41, n° 2, 2008, p. 149-165 ; Ch. JOERGES, « Rechtstaat and Social Europe: How a Classical Tension Resurfaces in the European Integration Process », *Comparative Sociology*, n° 9, 2010, p. 65-85, ici p. 75 *sqq.*

<sup>61</sup> Est en effet prôné un exercice « proportionné » du droit de grève (CJCE, 2007, *Viking* [aff. C-438/05], pt. 46).

et prioritairement – remplies. Toujours suspect de constituer une entrave perturbatrice ou une gêne malencontreuse, le droit social se trouve de fait pensé sur le mode de l'exception aux libertés économiques. À bien lire le raisonnement des juges, les syndicats de travailleurs viennent significativement occuper la place en principe assignée à l'État, soumis aux obligations de respecter les libertés de circuler, tandis que l'employeur se trouve consacré à la place de l'individu, et donc protégé dans ses droits ainsi sanctuarisés. On défend l'employeur face au syndicat comme on défend l'individu face à l'État<sup>62</sup>. Est-il besoin d'insister davantage sur les impensés d'un tel raisonnement ? À suivre cette pente, ne prend-on pas le risque de considérer toute forme de protection comme potentiellement anticoncurrentielle – au point de voir dans les droits fondamentaux, dans leur exercice concret, des barrières au Marché intérieur ?

Cette jurisprudence a pu être présentée comme une conséquence assez normale de l'élargissement de 2004. On a ainsi considéré qu'en s'ouvrant à l'Est la vieille Europe faisait en quelque sorte œuvre de justice sociale<sup>63</sup>, plus encore que d'histoire. Il n'est pas sûr, cependant, que les nouveaux États membres puissent trouver une quelconque perspective de progrès dans la régression du modèle social de leurs partenaires occidentaux.

## 2. LA FAUTE DES ÉTATS ?

Faut-il vraiment s'en remettre à la présentation routinière des choses, propagée par une certaine doctrine juridique, qui tend à opposer, d'un côté, la générosité de la Cour de justice et, de l'autre, la mauvaise volonté des États membres devant les exigences d'une solidarité européenne ? Évitions ici de passer d'une simplification à une autre ; et contentons-nous de retracer les étapes qui ont conduit à l'établissement de cette grille de lecture, ne serait-ce que pour en démontrer les angles morts. Portée par le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, la dynamique d'extension progressive du cercle des bénéficiaires de la libre circulation et la densification des droits qui y sont attachés ont répondu à une logique d'engrenage fonctionnaliste, laquelle se heurte aujourd'hui aux réticences des peuples. La Cour a ni plus ni moins voulu se comporter comme une Cour constitu-

---

<sup>62</sup> Il faut retourner quelques années en arrière, juste avant le grand élargissement, pour constater que nous avons affaire ici moins à un tournant qu'à une confirmation-amplification. Dans son arrêt *Schmidberger* rendu en 2003, la Cour avait interprété l'abstention des autorités autrichiennes face au blocage d'un pont par des associations de défense de l'environnement (dans le cadre d'une manifestation dûment autorisée) comme une mesure équivalant à une restriction quantitative incompatible avec le principe de libre circulation des marchandises invoquée par l'entreprise de transport requérante (CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* [aff. C-112/00]). Elle donnait par là la priorité à l'exercice des libertés économiques en n'hésitant pas à taire le conflit pourtant manifeste avec la protection des libertés d'expression et de réunion (garanties par les articles 10 et 11 de la convention européenne des droits de l'homme et désormais incluses dans la charte des droits fondamentaux de l'Union).

<sup>63</sup> Pour une telle approche (tendant à mettre en cause les soi-disant privilèges des travailleurs de l'Ouest), voir D. KUKOVEC, « Taking Change Seriously: The Rhetoric of Justice and the Reproduction of the *Statu Quo* », in D. KOCHENOV *e. a.* (dir.), *Europe's Justice Deficit?*, *op. cit.*, p. 319-336.

tionnelle fédérale, mais sans évaluer le prix démocratique de sa politique jurisprudentielle. Or, en s'en remettant à une définition subjective des droits sociaux, elle a non seulement éludé l'enjeu de la concurrence normative entre les États membres, mais aussi mis à mal la structure fédérale – à deux niveaux (au moins) – de l'Union<sup>64</sup>. Avec le coût que l'on sait : la mécanique de développement de la citoyenneté européenne revêt cette particularité d'avoir totalement ignoré le principe du choix démocratique des règles collectives. Comme si le critère de sélection des bonnes règles devait désormais résider dans les mains – ou plutôt dans les pieds ! – des agents mobiles, individus ou entreprises, à la recherche des conditions juridiques les plus attractives ; comme si les préférences exprimées par les agents économiques quand ils s'établissent sur le territoire d'un État devaient l'emporter sur les préférences exprimées dans le cadre des procédures démocratiques nationales.

### *Une ambivalence créatrice : limites des États, contre-limites de la Cour*

On l'a dit, les contraintes de l'eupéanisation sont apparues au grand jour sur fond d'élargissement à l'Est et de crise financière chronique des États sociaux. Face aux préoccupations aussi bien des gouvernements nationaux que des contribuables<sup>65</sup>, le législateur européen a voulu poser des limites à l'exercice de la libre circulation en visant principalement les citoyens de l'Union sans ressources désireux de faire usage de leur droit de mobilité intra-européenne. Ces limites s'expriment en particulier dans la directive 2004/38, dite « droit de séjour », dont la philosophie est clairement restrictive<sup>66</sup>. On y présume en effet que le citoyen de l'Union ayant exercé son droit à la mobilité transnationale au sein de l'Union représente une « charge déraisonnable » pour la société d'accueil dès lors qu'il est sans ressources<sup>67</sup>. Il doit, autrement dit, disposer de moyens financiers suffisants pour subvenir à ses besoins et contribuer à la couverture des risques qu'il encourt dans sa société d'accueil de manière à ne pas exposer cette dernière à une charge excessive.

On présente classiquement cette disposition comme une riposte étatique à la dénationalisation jurisprudentielle du bénéfice de la solidarité. Une telle interprétation est en partie vraie, mais elle est incomplète au sens où elle pourrait finalement faire croire à la réintroduction généralisée d'une forme

---

<sup>64</sup> Si l'on veut bien définir la forme fédérative à la manière d'Olivier Beaud, à savoir comme une forme politique mettant en rapport, d'abord et avant tout, des entités politiques préexistantes – des États – avant, éventuellement, d'établir un rapport direct avec les individus (O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007 ; « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 16, n<sup>os</sup> 1-4, 2004, p. 16-26).

<sup>65</sup> Craignant un dérèglement des dispositifs de solidarité occasionné par la généralisation de comportements utilitaristes d'individus mus par la perspective d'accéder aux services sociaux de l'État d'accueil.

<sup>66</sup> Relevons que la directive 2004/38 a été adoptée deux jours avant le grand élargissement.

<sup>67</sup> Tout en rendant évidemment possible la levée de cette présomption. La directive prévoit que le citoyen exerçant son droit à la mobilité transnationale au sein de l'Union ne doit pas, selon l'expression consacrée, représenter une « charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil » (*Directive 2004/38/CE*, art. 14 § 1).

de conditionnalité dans l'exercice du droit de circulation. Tel n'est pas le cas : rappelons que le dispositif n'a jamais cessé de reposer sur un principe de conditionnalité et qu'à aucun moment la consécration de la notion de citoyenneté en droit de l'Union n'a fait de ce statut un statut égalitaire, quand bien même elle tend à nourrir cet horizon d'attente (voir *infra*). Derrière la citoyenneté européenne se loge en réalité une multiplicité de régimes fort hétérogènes qui organisent un système différencié d'accès à des droits conditionnés. Disons, pour l'essentiel, que la directive 2004/38 se contente de rassembler le droit applicable dans un document unique aux fins de le rendre plus lisible : elle systématise un dispositif de différenciation en le ramenant à trois hypothèses simples (court séjour inférieur à trois mois, long séjour supérieur à cinq ans, hypothèse intermédiaire du séjour compris entre trois mois et cinq ans)<sup>68</sup> ; elle reprend les limites classiques au droit de circulation (raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique) et codifie les principaux apports de la jurisprudence.

Pour autant, la directive ne fait pas que codifier les solutions préalablement posées par la Cour de justice. En établissant un dispositif progressif fondé en priorité sur la durée du séjour, le législateur nourrissait également l'ambition de contrer certains aspects de l'approche extensive des juges, accusée d'alimenter les comportements de tourisme social. Les États membres, soucieux de faire valoir le principe d'une ouverture sélective aux avantages de la solidarité sociale, ont défendu l'idée d'une conception qualitative de la résidence en mettant à l'honneur le critère du « lien réel » ou du « degré d'intégration<sup>69</sup> ». C'est à cette fin que, s'agissant des citoyens de

---

<sup>68</sup> 1° Jusqu'à trois mois, le séjour n'est soumis à aucune condition (sauf la possession d'un passeport ou d'une carte d'identité en cours de validité), mais ce droit au séjour reste valable tant que le migrant qui s'en prévaut ne devient pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État d'accueil. Dans la mesure où aucune condition de ressources économiques n'est exigée, l'État d'accueil ne peut se voir obligé d'assurer le bénéfice de ses aides sociales au citoyen européen. 2° Le statut de citoyen de longue durée constitue le principal apport de la directive (art. 16). Au bout de cinq ans de séjour régulier dans l'État d'accueil, le citoyen européen ainsi que les membres de sa famille acquièrent un droit de séjour permanent, libéré de toute conditionnalité économique ; ce qui ne signifie pas, cependant, que toute conditionnalité soit exclue. S'ils séjournent depuis plus de cinq ans sur le territoire d'un État, les citoyens européens en situation d'extranéité dans l'Union peuvent en effet bénéficier des mêmes droits que les nationaux de l'État en question – y compris, évidemment, des mêmes droits sociaux. Pour autant, là est la limite de la comparaison avec les nationaux, ils peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement (ordre public, sécurité publique), ils ne peuvent voter aux élections politiques ni occuper certains emplois dans la fonction publique de l'État d'accueil. Précisons enfin qu'une absence de deux ans dans l'État d'accueil fait perdre le droit d'y exercer un séjour permanent. 3° Pour ce qui est du séjour d'une durée de trois mois à cinq ans, il faut distinguer entre le statut des travailleurs et celui des personnes économiquement non actives. Le citoyen européen non actif ne peut exercer son droit au libre séjour que s'il dispose de ressources suffisantes garantissant à l'État d'accueil qu'il ne deviendra pas une charge pour son système d'assistance sociale ; ce qui signifie que les États peuvent invoquer leurs intérêts légitimes pour déroger au principe de l'égalité de traitement.

<sup>69</sup> Voir S. BARBOU DES PLACES, « The Integrated Person in EU Law », in L. AZOULAI *e. a.* (dir.), *Constructing the Person in EU Law*, Oxford, Hart, 2016, p. 180-202.

l'Union inactifs, la directive conditionne le bénéfice des prestations sociales à l'intégration préalable dans la société d'accueil<sup>70</sup>.

Il reste qu'en invoquant les critères du « lien réel » et du « degré d'intégration », le législateur s'en remettait à des catégories qui avaient initialement été posées par la Cour et se rendait ainsi dépendant de sa jurisprudence. De nombreux malentendus ont pu en découler. Du point de vue des États, l'argument du lien réel constitue une limite à l'accès aux droits sociaux et peut aller jusqu'à justifier des pratiques indirectement discriminatoires dans l'octroi de certaines prestations sociales (voir *infra*). Du point de vue de la Cour de justice, le lien réel doit avant tout jouer le rôle d'une « contre-limite » au pouvoir de dérogation des États membres<sup>71</sup>, à savoir un moyen de défendre les droits des citoyens de l'Union lorsque les juges ont à se prononcer sur l'intensité et la qualité de leur intégration dans la société d'accueil. C'est bien en lui donnant cette fonction précise – de rappel à l'ordre en quelque sorte – qu'ils l'ont dégagé en 2002<sup>72</sup>, avant que les États membres ne l'invoquent à leur tour sans pour autant le nommer *expressis verbis*, préférant se limiter au critère négatif de l'absence de charge déraisonnable. Bien sûr, depuis l'entrée en vigueur de la directive de 2004, la Cour ne remet-elle pas ouvertement en cause les limites posées par les États, mais, en cohérence avec sa tradition de contrôle de proportionnalité<sup>73</sup>, elle ne s'en est pas moins attachée, d'une part, à neutraliser le potentiel négatif du critère du lien réel et, d'autre part, à conditionner très strictement les limites invoquées par les États membres. De là une inversion de la charge de la preuve, particulièrement perceptible dans l'arrêt *Collins* : c'est à l'État de justifier la validité d'une dérogation (qui doit être circonstanciée et propor-

---

<sup>70</sup> Ce qui confère une importance particulière à la durée du séjour et à son mode de calcul.

<sup>71</sup> L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne... », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*. *Chemins d'Europe*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>72</sup> La jurisprudence sur le « lien réel » a été ouverte avec l'arrêt *D'Hoop* : « il est légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné » (CJCE, 2002, *D'Hoop* [aff. C-224/98]). Relevons que le critère du lien réel apparaît pour la première fois sous la plume du juge pour traiter d'un contentieux très spécifique : la Cour fait jouer la citoyenneté de l'Union non pas contre l'État d'accueil mais contre l'État d'origine de l'intéressée. Le critère du « lien réel » a ensuite été confirmé notamment par l'arrêt *Collins* (CJCE, 2004, *Collins* [aff. C-138/02]) puis complété et enrichi par celui du « degré d'intégration » (CJUE, 2005, *Bidar* [aff. C-209/3] ; CJCE, Gr. ch., 18 nov. 2008, *Jacqueline Förster c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* [aff. C-158/07]). Les deux formules tendent à s'équivaloir mais prennent place dans des contentieux matériellement distincts. Les allocations de recherche d'emploi et les allocations de chômage pour le « lien réel » (lien réel avec le marché de l'emploi) : outre les arrêts *D'Hoop* et *Collins*, citons CJCE, 2005, *Ioannidis* [aff. C-258/04] ; CJCE, Gr. ch., 18 juillet 2006, *Gerald De Cuyper c. Office national de l'emploi* [aff. C-406/04] ; CJCE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras et Josif Koupatantze c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900* [aff. jointes C-22/08 et C-23/08]. Les prêts ou bourses octroyés aux étudiants pour le « degré d'intégration » (intégration dans la société d'accueil) : arrêts *Bidar* et *Förster*.

<sup>73</sup> En tant que technique d'encadrement des justifications étatiques, le critère du lien réel peut en effet s'interpréter comme un enrichissement de son contrôle de proportionnalité. Il en constitue, en quelque sorte, une énième traduction dans le domaine spécifique de la citoyenneté sociale.

tionnée) et non à l'individu de faire apparaître son lien réel avec la société d'accueil.

Si, à travers l'adoption de la directive 2004/38, le législateur nourrissait l'ambition de contrecarrer l'approche extensive de la jurisprudence, force est de constater que la Cour de justice a maintenu assez fermement sa position. Qu'il suffise de mentionner l'arrêt *Trojani*, rendu quelques mois seulement après l'adoption de la directive, ou encore l'arrêt *Vatsouras*. Dans la première affaire, les juges se sont empressés de poser une interprétation souple et constructive de la notion de « ressources suffisantes<sup>74</sup> ». Une fois admis au séjour, disent-ils, aucune condition de ressources ne peut plus être opposée à un citoyen qui demande le versement d'une allocation de subsistance. Dans la seconde affaire, la Cour va même jusqu'à donner une interprétation contre-intuitive de l'article 24 § 2 de la directive 2004/38, lequel permet en principe à l'État d'accueil de refuser l'octroi de prestations d'assistance sociale tant que le citoyen de l'Union, entré sur son territoire en qualité de demandeur d'emploi, poursuit sa recherche d'emploi. La Cour décide en effet que les citoyens de l'Union en quête de travail en dehors de leur État d'origine sont en droit de bénéficier des prestations de recherche d'emploi dans les mêmes conditions que les nationaux<sup>75</sup>.

La jurisprudence *Dano*, que nous évoquions plus haut, vient en partie rompre avec cette solution et se conformer davantage aux dispositions de l'article 24 § 2<sup>76</sup>. C'est bel et bien à la lumière de la directive 2004/38, expression de la volonté du législateur européen, que le juge y apprécie la régularité du séjour. L'intéressée ne peut invoquer la directive pour bénéficier du droit de séjour dans la mesure où elle ne dispose pas de ressources suffisantes. On peut bien mettre la directive en porte-à-faux avec les traités eux-mêmes de manière à faire apparaître un revirement de la Cour, mais il convient alors de s'interroger sur la légitimité des interprétations jurisprudentielles du droit primaire qui font fi du droit dérivé de niveau législatif. La jurisprudence *Dano* se contente en quelque sorte de préciser deux règles

---

<sup>74</sup> « [S]i les États membres, écrit la Cour, peuvent conditionner le séjour d'un citoyen de l'Union économiquement non actif à la disponibilité de ressources suffisantes, il n'en découle pas pour autant qu'une telle personne ne peut pas bénéficier, pendant son séjour légal dans l'État membre d'accueil, du principe fondamental relatif à l'égalité de traitement tel que consacré à l'article 12 CE » (CJCE, 2004, *Trojani* [aff. C-456/02], pt 40). Pour une critique, voir notamment K. HAILBRONNER, « Union Citizenship and Access to Social Benefits », *Common Market Law Review*, n° 42, 2005, p. 1245-1267.

<sup>75</sup> CJCE, 2009, *Vatsouras* [aff. C-22/08]. En insistant sur la nécessité d'un traitement individuel et casuistique, la Cour se donne les moyens de contourner les effets d'une application à ses yeux trop stricte de la directive 2004/38.

<sup>76</sup> CJUE, 2014, *Dano* [aff. C-333/13]. Précisons, d'une part, qu'il est question, dans cette affaire, d'une prestation à caractère non-contributif, c'est-à-dire d'une prestation relevant de l'assistance (et non de la sécurité sociale). Précisons, d'autre part, que l'intéressée n'a jamais travaillé et qu'elle n'a pas pu faire la démonstration qu'elle était en recherche d'emploi. Notons, enfin, que la jurisprudence *Dano* renoue en partie avec l'arrêt *Förster* CJCE, 2008, *Förster* [aff. C-158/07]. Contre l'avis de son avocat général, la Cour semblait alors vouloir épouser la volonté du législateur européen telle qu'exprimée à l'article 24 § 2 de la directive 2004/38. Mais les juges sont immédiatement revenus sur cette position dans l'arrêt *Vatsouras* (voir *supra*).



strictes<sup>77</sup> : 1<sup>o</sup> entre trois mois et cinq ans, la régularité du séjour est subordonnée à une condition de ressources ; 2<sup>o</sup> pendant les trois premiers mois de présence sur son territoire, l'État peut refuser l'octroi d'une prestation sociale. Ce qui est regrettable en l'espèce, ce n'est pas tant le rappel de ces règles que le contexte de crise multiforme dans lequel il intervient. Pour le reste, la Cour, comme elle le fait régulièrement, a tout simplement saisi l'opportunité de ces cas idoines pour donner des gages aux États – au Royaume-Uni en premier lieu, alors en plein débat sur le *Brexit*<sup>78</sup> – de manière à sauver l'essentiel. Avec le succès que l'on sait.

Quoiqu'il en soit de l'interprétation de la jurisprudence récente de la Cour, relevons ce paradoxe qui place la citoyenneté de l'Union en contradiction totale avec ses propres fondements juridiques : les États ne pouvant évidemment refuser à leurs nationaux l'octroi d'une prestation sociale sur le fondement d'un lien réel insuffisant, ils sont de fait autorisés à réintroduire des formes de discrimination qui, par la force des choses, favorisent les ressortissants de leur nationalité<sup>79</sup>. Tout se passe en définitive comme si on reformulait la condition de nationalité dans un langage économique, censément neutre et impartial, de manière à la rendre compatible avec les règles du Marché intérieur, mais cette opération se fait au prix d'une conception pour le moins appauvrie et étroite de la citoyenneté. L'appartenance sociale est évaluée à partir de considérations strictement économiques sans aucune prise en compte de la dimension politique, la discrimination en raison de la nationalité étatique devant en quelque sorte laisser place à la discrimination en raison de la rationalité économique. Ainsi interprété, le critère du lien réel vient combler un double vide : celui créé par le tabou de la nationalité étatique<sup>80</sup>, et celui provoqué par la secondarisation de l'activité économique (le travail ne devant plus, en tant que tel, conditionner l'accès aux prestations sociales dans la société d'accueil).

Le tour jurisprudentiel pris par le développement de la citoyenneté sociale européenne nourrit, on le voit, des effets profondément délétères, dans la mesure où le bénéfice des prestations sociales est ouvert sur la base d'une définition exclusivement subjective des droits. La Cour de justice protège des libertés individuelles sans considérer l'enjeu de leur exercice dans un cadre collectif autre que celui du Marché intérieur. À aucun moment, la citoyenneté européenne ne renvoie à une autodétermination collective ni à une

---

<sup>77</sup> CJUE, 2015, *Alimanovic* [aff. C-67/14] ; CJUE, 2016, *Garcia-Nieto* [aff. C-299/14]. Dans les deux cas, la Cour de justice donne raison à l'Allemagne en considérant que l'affiliation à la sécurité sociale est subordonnée à la régularité du séjour. Dans l'arrêt *Garcia-Nieto*, la Cour juge, plus particulièrement, que le refus d'octroyer une prestation sociale pendant les trois premiers mois de présence sur son territoire ne présuppose pas d'examen individuel de la part de l'État.

<sup>78</sup> CJUE, 2016, *Commission c. Royaume-Uni* [aff. C-308/14].

<sup>79</sup> C'est là une manière d'infléchir la dynamique des discriminations à rebours (voir *infra*).

<sup>80</sup> Ce que nous appelons ici « tabou de la nationalité » n'est que l'expression d'une tension fondamentale : la citoyenneté européenne dépend de la nationalité des États (elle se construit à partir d'elle), mais l'Union est portée par un projet de dépassement des États (et donc de leur nationalité).

intégration politique. Aussi, ne participant pas au choix des règles collectives auxquelles ils sont soumis, les migrants européens bénéficiaires de droits sociaux sont en quelque sorte réduits à un statut passif. Ils se voient imposer des normes, fût-ce pour en bénéficier financièrement, sans avoir les moyens d'y consentir ni de les remettre en cause<sup>81</sup>. Faut-il dès lors considérer que l'autonomie privée peut se concevoir indépendamment de l'autonomie publique, les droits subjectifs indépendamment de la liberté politique<sup>82</sup> ? Les États doivent-ils se limiter à un rôle de prestataire de services ? Sont-ils totalement illégitimes à mettre en place des politiques sociales à destination prioritaire – si ce n'est exclusive – de leurs propres nationaux ? Ne sont-ils pas fondés à exiger autre chose qu'un lien accidentel pour engager un financement public<sup>83</sup> ? Bref, la vie politique peut-elle échapper à un principe de clôture, que ce soit dans l'organisation de la démocratie ou dans celle de la justice sociale ? Certes, depuis l'arrêt *Martinez Sala*, la jurisprudence de la Cour a-t-elle pu contribuer à améliorer le sort individuel de tel ou tel sur le plan humain, mais, faute d'intégrer un raisonnement collectif de long terme et tout entière à son projet de traquer les formes les plus subtiles de discriminations nationales, le droit de l'Union n'est pas devenu plus social pour autant<sup>84</sup>.

### *Un cocktail détonnant : entrave, discrimination, reconnaissance mutuelle*

Nous l'avons dit, la mise en concurrence normative des États n'a pas nécessairement été le fait d'une stratégie ; elle n'en procède pas moins d'un dispositif global dont le levier a principalement été actionné par la Cour de justice dans sa mise en œuvre des libertés économiques de circulation. La trame de ce dispositif a d'ores et déjà commencé à apparaître dans les lignes qui précèdent. Nous voudrions ici systématiser la réflexion en remontant jusqu'aux grands principes recteurs du droit de l'Union : nous intéressent plus particulièrement les structures juridiques par lesquelles il s'est déployé, dans la mesure où elles constituent une clef essentielle pour décoder la situation actuelle de la citoyenneté européenne<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Voir R. BELLAMY, « The Liberty of the Moderns: Market Freedom and Democracy within the European Union », *Global Constitutionalism*, vol. 1, n° 1, 2012, p. 141-172.

<sup>82</sup> À définir les droits fondamentaux de manière unilatéralement subjective, on oublie l'implication réciproque ou la présupposition mutuelle – la co-originarité dit Jürgen Habermas – des droits de l'homme et de la souveraineté démocratique (J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* [1992], trad. R. Rochlitz, C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, en part. chap. III, p. 99-149).

<sup>83</sup> Bien sûr tout lien politique se révèle-t-il finalement accidentel et contingent, mais la question est alors de déterminer la place ou la part réservée à l'élément de volonté dans sa définition. Redisons-le, contester que le principe de clôture d'une communauté politique puisse être national ne saurait épuiser le problème, car l'enjeu fondamental est de savoir si vivre politiquement ne suppose pas de vivre au sein d'une communauté politique.

<sup>84</sup> Voir A.J. MENÉNDEZ, « European Citizenship after *Martinez Sala* and *Baumbast*: Has European Law Become More Human but Less Social? », in L. AZOULAI et M. POAIRES MADURO (dir.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford, Hart, 2010, p. 363-392.

<sup>85</sup> « La violation des droits du citoyen européen, écrit Anastasia Iliopoulou, va porter l'habillage conceptuel des notions établies dans le cadre du marché intérieur : discrimination, restriction injustifiée ou disproportionnée, entrave » (A. ILIOPOULOU, « Entrave et ci-

On peut résumer le processus à l'œuvre en disant que l'essentiel s'est joué dans une sorte de dialogue entre deux séries de principes fondamentaux qui ont trouvé à conjuguer leurs effets. Les notions d'entrave et de mesure discriminatoire d'une part, au travers desquelles il est principalement question d'un enjeu de définition mais aussi de délimitation du champ d'application du droit de l'Union (qu'est-ce qu'une entrave à la liberté de circuler ? qu'est-ce qu'une discrimination ?). Les principes de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle d'autre part, qui placent quant à eux l'enjeu au niveau de la marge de manœuvre laissée au juge pour encadrer les justifications étatiques (voir *supra*), c'est-à-dire pour contrôler les motifs par lesquels les États cherchent à justifier des restrictions aux libertés économiques consacrées dans le droit primaire. L'identification précise de l'itinéraire de la politique juridique qui aura conduit à la domination sans partage des libertés économiques suppose notamment de faire apparaître en quoi l'application du principe de reconnaissance mutuelle a de fait abouti à une mise en concurrence généralisée des États membres. Encore faut-il dûment circonscrire ce que nous entendons par reconnaissance mutuelle : moins un principe juridique qu'une philosophie globale qui est venue redéfinir à la fois l'entrave et la discrimination. Ou, pour être plus précis sur les dynamiques en jeu : non seulement l'entrave a redéfini la discrimination, mais la reconnaissance mutuelle a redéfini l'entrave, le tout selon une logique d'extension continue du champ d'application matériel des traités.

Un bref repérage historique s'avère ici indispensable. On le sait, le dispositif initial des libertés économiques de circulation a prioritairement été pensé à partir du cas des marchandises. C'est une fois installé sur ses rails et assuré dans ses appuis qu'il a ensuite été appliqué aux autres libertés, celle des personnes (des travailleurs aux citoyens, en passant par les diplômés et les autres qualifications professionnelles), celle des services et celle des capitaux. Il importe tout d'abord, à la lumière de ce laboratoire que constitue la liberté de circulation des marchandises, de comprendre en quoi, rigoureusement considérées, les notions d'entrave et de mesure discriminatoire ne remplissent pas les mêmes fonctions juridiques. La catégorie de l'entrave vise tout obstacle protectionniste<sup>86</sup>, pendant que celle de non-discrimination est de portée plus réduite : elle vise en priorité les discriminations en raison de la nationalité<sup>87</sup>. Il importe ensuite de contextualiser ces catégories. À l'origine, le principe de non-discrimination selon la nationalité ne s'adossait

---

toyenneté de l'Union », in L. AZOULAI (dir.), *L'Entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 191-223, ici p. 192). Voir aussi L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », in L. AZOULAI (dir.), *L'Entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1-22 ; L. AZOULAI, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, vol. 25, n° 4, 2011, p. 543-557.

<sup>86</sup> À travers l'élimination des entraves à la libre circulation des marchandises, il s'agit d'abattre l'ensemble des obstacles aux échanges intra-communautaires de produits – sans considération du caractère discriminatoire de ces obstacles (droits de douane, restrictions quantitatives aux échanges, mesures d'effet équivalent, obstacles persistants).

<sup>87</sup> Son impact s'entend *a priori* de manière plus étroite : la violation du principe de non-discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations non comparables. Autrement dit, pour établir une discrimination, un test d'équivalence et donc une comparaison des situations doivent au préalable avoir été pratiqués.

pas à une logique purement instrumentale tendue vers des impératifs strictement économiques. Les modalités de son application au cas des travailleurs en témoignent et permettent de comprendre en quoi il répondait aussi, et peut-être surtout, à un impératif d'égalisation des conditions<sup>88</sup>. Force est de constater que le principe de non-discrimination a, depuis, totalement changé de logique. On peut dire qu'il a été revu et corrigé par la notion d'entrave, laquelle a par ailleurs reçu une définition spécialement inflationniste. Aux yeux des juges, toujours soucieux de se réserver une importante marge d'interprétation, la discrimination ne s'est pas limitée à la seule la discrimination directe, elle est aussi devenue la discrimination indirecte : « [L]es règles d'égalité de traitement, affirment-ils, prohibent non seulement les discrimination ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent, en fait, au même résultat<sup>89</sup> ». Définition on ne peut plus fonctionnelle : le fameux arrêt *Dassonville* en témoigne<sup>90</sup>, la même méthode sera pratiquée en matière d'entrave au point, d'ailleurs, de brouiller les frontières entre les deux catégories de discrimination indirecte et d'entrave non-discriminatoire. Constitue une entrave toute mesure de nature à gêner le commerce intracommunautaire indépendamment de l'identification d'un but protectionniste<sup>91</sup>. Les entraves ne sont donc pas nécessairement discriminatoires, doit-on comprendre : même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, une mesure est susceptible de gêner l'exercice des libertés économiques fondamentales garanties par le traité<sup>92</sup>. Dans la plus pure logique fonctionnaliste, on s'intéresse au résultat : par application d'autres critères de distinction que celui de la nationalité, les entraves non-discriminatoires aboutissent au même résultat que des entraves discriminatoires ; elles constituent donc des entraves dissimulées qu'il s'agit d'éliminer. La Cour de justice et la Commission sauront utilement mettre à profit cette arme imparable : leur action de concert permettra une application systématique de la libre circulation en dehors de toute hypothèse de discrimination.

La rencontre entre les notions d'entrave et de discrimination a produit un cocktail détonnant, duquel la première est très nettement sortie victorieuse. La discrimination s'est trouvée en quelque sorte éclipsée par l'entrave. Il faudra attendre la consécration de la citoyenneté de l'Union dans le droit primaire pour que la non-discrimination retrouve une certaine autonomie formelle. Encore doit-on redire combien, sur le fond, la non-

---

<sup>88</sup> Bien sûr l'application du principe de non-discrimination devait-elle servir la création du Marché commun ; elle en était l'une des pièces maîtresses. Mais on ne saurait oublier que les États membres, au moment de la signature du traité de Paris, avaient explicitement choisi de neutraliser les effets de l'avantage comparatif de la main-d'œuvre italienne (celle-ci ne devait-elle pas être rémunérée au même prix que la main d'œuvre des États d'accueil ?) (voir *supra*).

<sup>89</sup> CJCE, 12 fév. 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost* [aff. 152/73].

<sup>90</sup> CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville* [aff. 8/74].

<sup>91</sup> Nous allons voir que le critère de la gêne procède en grande partie de la philosophie de la reconnaissance mutuelle.

<sup>92</sup> Voir CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg* [aff. C-19/92].

discrimination a entre-temps été de bout en bout reformatée par la philosophie de l'entrave. C'est aussi ce reformatage conceptuel, pensons-nous, qui permet de comprendre pourquoi la non-discrimination a pris une telle place en droit de l'Union, bien au-delà du seul enjeu de la nationalité (voir *infra*).

Formellement dégagé par l'arrêt *Cassis de Dijon*<sup>93</sup>, le principe de reconnaissance mutuelle intervient précisément dans ce contexte où il s'est agi de traquer toutes les entraves, qu'elles soient ou non discriminatoires<sup>94</sup>. L'entrave n'a pas seulement redéfini la discrimination ; la reconnaissance mutuelle a également redéfini l'entrave. Ou disons plutôt qu'elle est venue lui conférer un support supplémentaire de légitimation. Les circonstances de l'apparition du principe de reconnaissance mutuelle sont bien connues : l'objectif d'une harmonisation normative totale se révélant inatteignable, la Commission emboîte le pas de la Cour et, dès 1980, endosse explicitement le mot d'ordre de la reconnaissance mutuelle<sup>95</sup>. En revanche, on oublie souvent qu'avec cette « nouvelle approche », alternative à l'harmonisation centralisée, ce n'est pas tant l'ambition ultime qui change que la méthode adoptée : il s'agit évidemment de lever les barrières réglementaires induites par les différentes normes techniques relatives à la dénomination, la composition, le conditionnement, l'étiquetage des produits, mais aussi, et plus fondamentalement, « tout obstacle à la circulation intracommunautaire résultant des disparités entre législations nationales<sup>96</sup> ». En parlant ici de reconnaissance mutuelle, répétons-le, nous visons moins le principe prétorien tel qu'il a été posé par la Cour puis repris par la Commission et le Conseil que le nouvel *ethos* de l'intégration dont il a été la figure de proue<sup>97</sup>. Aussi, que l'application du principe de reconnaissance mutuelle entendu au sens strict ait en définitive rencontré un succès limité<sup>98</sup>, vite appelé à être dépassé à la faveur de l'achèvement du Marché unique<sup>99</sup>, n'invalide en rien cette clef de lecture. Bien au contraire, la notion de reconnaissance mutuelle a cristallisé

---

<sup>93</sup> CJCE, 29 fév. 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [aff. 120/78].

<sup>94</sup> Au prétexte que les avancées du Marché commun conduisaient les États membres à recréer, et même à multiplier, de nouvelles entraves au libre-échange intracommunautaire.

<sup>95</sup> Commission, *Communication interprétative sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon)*, 3 oct. 1980.

<sup>96</sup> CJCE, 1979, *Cassis de Dijon* [aff. 120/78], pt 8.

<sup>97</sup> Voir W. STREECK, « Vom Binnenmarkt zum Bundestaat? Überlegungen zur politischen Ökonomie der europäischen Sozialpolitik », in S. LEIBFRIED et P. PIERSON (dir.), *Standort Europa. Sozialpolitik zwischen Nationalstaat und europäischer Integration*, Francfort, Suhrkamp, 1998, p. 369-421, ici p. 374 *sqq.*

<sup>98</sup> L'harmonisation des règles relatives aux seules « exigences essentielles » (protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement et des consommateurs), *via* de la réunion de comités techniques de normalisation, n'a pas été spécialement plus concluante que l'harmonisation totale produit par produit.

<sup>99</sup> Tel que prévu par l'Acte unique, l'achèvement du Marché intérieur repose sur le retour à une logique d'harmonisation centralisée. Ce retour à la centralisation a pu être efficace (c'est-à-dire ne pas se heurter aux blocages qui l'avaient plus ou moins neutralisée dans la période antérieure) en raison de nouvelles modalités de vote au sein du Conseil : l'article 95 TCE permettait désormais que les décisions impliquées par la réalisation du Marché unique soient prises à la majorité qualifiée.

toute une philosophie de l'intégration qui ne s'est pas essoufflée depuis et qui a même, pour tout dire, trouvé son terrain d'élection dans des matières intéressantes au premier chef la dimension sociale de la citoyenneté européenne<sup>100</sup>.

Sur le terrain de la technique juridique, cette philosophie de la reconnaissance mutuelle a fortement contribué à densifier la notion d'entrave non-discriminatoire en faisant émerger le critère de la gêne<sup>101</sup>. On ne saurait souligner assez la portée considérable de ce critère : il y a gêne, en effet, dès lors qu'un produit conforme à une réglementation du pays d'origine doit s'adapter à une norme différente telle qu'elle prévaut dans le pays de commercialisation. Autrement dit, chaque État membre doit accepter l'entrée sur son territoire de produits légalement fabriqués dans tout autre État membre, quand bien même ces produits sont soumis à des règles différentes de celles prescrites par sa propre législation. Considéré depuis le point de vue de la Cour, le principe de reconnaissance mutuelle vient considérablement enrichir son contrôle de proportionnalité : l'accès des produits importés au marché national ne peut être légitimement interdit que si la réglementation en cause est nécessaire et proportionnée, c'est-à-dire appropriée et non excessive, pour atteindre un but d'intérêt général digne d'être protégé (protection des consommateurs, santé publique, environnement, etc.)<sup>102</sup>. En s'intéressant moins aux conséquences de l'action protectionniste des États (au protectionnisme déguisé) qu'à un état objectif de diversité normative, la Cour mais aussi la Commission ont de fait été conduites à débusquer des entraves dans les moindres recoins des réglementations nationales<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Une lecture rétrospective peut d'ailleurs permettre d'identifier une forme de reconnaissance mutuelle avant la lettre (voir Commission, *Directive 70/50/CEE portant suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE*, 22 décembre 1969). Par ailleurs, quand bien même il en revient à une méthode d'harmonisation centralisée pour l'achèvement du Marché intérieur, l'Acte unique consacre également le principe de reconnaissance mutuelle. Il suffit à cet égard de se reporter au Livre blanc qui a lancé le processus (Commission, *Livre blanc sur l'achèvement du Marché intérieur*, 14 juin 1985).

<sup>101</sup> Le glissement s'est produit de manière subreptice et s'avère difficile à identifier. Il faut souligner que, dans les arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*, le langage de la discrimination reste très présent. En 1979, le juge n'utilise pas encore l'expression « applicable indistinctement » – critère de définition des mesures non-discriminatoires. C'est la jurisprudence ultérieure qui distinguera plus nettement les entraves discriminatoires des entraves non-discriminatoires. L'une des premières apparitions de la mention « applicable indistinctement » se trouve dans CJCE, 26 juin 1980, *Procédure pénale c. Herbert Gilli et Paul Andres* [aff. 788/79], pt 6.

<sup>102</sup> Autrement dit, s'il parvient à faire valoir le caractère proportionné d'une mesure, l'État membre de destination peut exiger son respect par les produits et services provenant des autres États membres.

<sup>103</sup> Il faut préciser que les États membres restent libres de maintenir leur réglementation à partir du moment où elle ne s'applique qu'aux seuls produits nationaux. L'obligation d'acceptation que le principe de reconnaissance mutuelle fait peser sur les États ne concerne que les produits légalement fabriqués dans d'autres États. Un tel procédé organise donc une concurrence ultimement arbitrée par le consommateur : c'est à lui qu'il revient en définitive de faire son choix.

### *Un dispositif mécaniquement appliqué aux personnes et aux citoyens*

Une fois close la période d'achèvement du Marché unique, on a pu observer un recentrage de l'entrave autour de la notion de discrimination<sup>104</sup>. Mais il ne s'agissait-là, en définitive, que d'une parenthèse qui sera pour l'essentiel refermée en 2009<sup>105</sup>. La notion d'entrave, retravaillée par la reconnaissance mutuelle, est encore une fois sortie victorieuse. À partir du début des années 1990, elle a progressivement été appliquée à l'ensemble des autres libertés de circulation. Qu'il s'agisse de la libre prestation de services, de la liberté d'établissement, de la liberté des travailleurs, de la liberté des capitaux ou de la liberté des citoyens, toutes ont été concernées par cet impérialisme de l'entrave revue et corrigée à l'aune de la reconnaissance mutuelle<sup>106</sup>. Au motif d'empêcher la moindre résurgence d'une quelconque restriction aux libertés économiques, les législations sociales et le droit du travail des États de même que les services d'intérêt général et le droit fiscal ont été indistinctement perçus sur le mode de l'entrave. Or, dès lors que l'on passe des marchandises aux personnes (travailleurs puis citoyens) et aux services, on change totalement de logique et les coûts démocratiques du processus ne peuvent plus être éludés. À cet égard, le cas des services, tout particulièrement celui des services d'intérêt général, se signale de lui-même : parce qu'elle comprend notamment un test d'équivalence, au moyen duquel la Cour évalue le degré de diversité des législations nationales pour écarter les règles qui, à ses yeux, ajoutent des charges inutiles<sup>107</sup>,

---

<sup>104</sup> Ce recentrage est particulièrement perceptible dans l'arrêt *Keck et Mithouard* (CJCE, 24 nov. 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard* [aff. jointes C-267/91 et C-268/91]).

<sup>105</sup> En 2009, les arrêts *Remorques italiennes* et *Jetskis suédois* renouent avec une définition large de la notion d'entrave, cette fois-ci axée autour du critère de l'accès au marché – notion d'accès dont on verra qu'elle joue un rôle important en matière de citoyenneté. Dans son appréhension du critère de l'accès, cette jurisprudence de 2009 mêle assez confusément les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle (CJCE, Gr. ch., 10 février 2009, *Commission c. Italie* [aff. C-110/05] ; CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos* [aff. C-142/05]).

<sup>106</sup> 1° S'agissant de la libre prestation de services : CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd* [aff. C-76/90] ; CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e. a. c. Commissariaat voor de Media* [aff. C-288/89]. 2° S'agissant de la liberté d'établissement : CJCE, 7 mai 1991, *Irène Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg* [aff. C-340/89] ; CJCE, 30 nov. 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [aff. C-55/94] ; CJCE, Gr. ch., 5 oct. 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie* [aff. C-442/02]. 3° S'agissant de la liberté des travailleurs : CJCE, 15 déc. 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman* [aff. C-415/93] ; CJCE, 23 mai 1996, *John O'Flynn c. Adjudication Officer* [aff. C-237/94]. 4° S'agissant de la liberté des capitaux : CJCE, 14 déc. 1995, *Procédure pénale c. Lucas Emilio Sanz de Lera* [aff. C-163/94] ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal* [aff. C-367/98] ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France* [aff. 483/99]. 5° S'agissant de la liberté des citoyens : la jurisprudence sur le nom de famille est ici exemplaire quand bien même on ne trouve pas de référence expresse à la reconnaissance mutuelle dans les arrêts en question (voir *infra*).

<sup>107</sup> La mesure en litige doit être propre à réaliser le but poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir CJCE, 1995, *Gebhard* [aff. C-55/94]). On con-

l'application de la reconnaissance mutuelle aux services déploie d'importantes conséquences en matière de citoyenneté et soulève des enjeux autrement plus importants que ceux suscités par son application aux biens. En matière de services, il ne s'agit plus d'établir des équivalences entre des mesures nationales protégeant, par exemple, la sécurité, la santé, l'environnement ou les consommateurs. Il s'agit d'établir des équivalences entre des mesures beaucoup plus complexes et sensibles qui touchent bien souvent à l'identité culturelle et politique des États.

Dans les tout premiers moments de sa jurisprudence sur la citoyenneté sociale, la Cour axait son argumentaire sur le principe de non-discrimination à raison de la nationalité<sup>108</sup>. Puis, à partir de l'arrêt *D'Hoop* (quand bien même des sinuosités sont tout à fait perceptibles ensuite), elle s'écarte significativement d'une interprétation stricte de ce principe pour appliquer telles quelles ses recettes éprouvées dans le cadre du Marché intérieur<sup>109</sup> : lutter contre tous les obstacles à la libre circulation, y compris quand la nationalité n'est pas du tout concernée<sup>110</sup>. La citoyenneté sociale a ainsi subi la même évolution que le reste de la jurisprudence de la Cour : la marginalisation de la nationalité comme critère de discrimination a libéré la voie à la logique sans frein de l'entrave non-discriminatoire. Encore faut-il rappeler la distinction entre le sort réservé aux travailleurs et celui réservé aux inactifs. Tabou de la nationalité oblige, hybridation des catégories aidant, la logique de l'entrave non-discriminatoire aboutit paradoxalement à recréer des discriminations indirectes. Il en résulte une zone grise, assez indéfinissable, dans laquelle peuvent être rassemblés l'ensemble des citoyens de l'Union inactifs ayant fait usage de leur droit de mobilité : d'une part, leur accès aux avantages sociaux dans l'État d'accueil est subordonné à une condition de résidence ; d'autre part, ils peuvent faire l'objet de mesures d'éloignement (auxquelles ne sont pas soumis les nationaux). Le paradoxe ne s'arrête pas là : les États ne sont pas simplement accusés de continuer à discriminer les ressortissants européens en raison de leur nationalité, ils sont également conduits à discriminer leurs propres nationaux<sup>111</sup>.

---

naît les conséquences qui ont été tirées d'un tel raisonnement dans l'affaire *Laval* : soumettre une entreprise européenne non nationale à une mesure « indistinctement applicable » revient à la léser dans la mesure où elle ne se trouve pas dans la même situation que les entreprises nationales. En l'espèce, l'entreprise lettone opérant en Suède ne devait pas avoir à respecter à la fois le droit letton et le droit suédois, alors que les entreprises suédoises ne sont soumises qu'au seul droit suédois (CJCE, 2007, *Laval* [aff. C-341/05]).

<sup>108</sup> CJCE, 1998, *Martinez Sala* [aff. C-85/96] ; CJCE, 2001, *Grzelczyk* [aff. C-184/99].

<sup>109</sup> Moyennant l'invocation du critère du lien réel (voir *supra*).

<sup>110</sup> CJCE, 2002, *D'Hoop* [aff. C-224/98] ; CJCE, Gr. ch., 23 oct. 2007, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln et Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren* [aff. jointes C-11/06 et C-12/06] ; CJCE, Gr. ch., 14 oct. 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul* [aff. C-353/06] ; CJCE, 2008, *Rüffert* [aff. C-346/06].

<sup>111</sup> Au prétexte d'éliminer des entraves, la logique de la reconnaissance mutuelle ne manque pas de produire des discriminations à rebours (voir *infra*) – les États étant de fait conduits, en son nom, à introduire dans leur réglementation des procédés de discrimination à l'égard de leurs ressortissants nationaux.



La citoyenneté ne change rien à ce dispositif général ; elle se contente finalement de dégager une nouvelle source de légitimation à l'application de la notion d'entrave et du principe de non-discrimination. On a certes pu dire que la citoyenneté de l'Union, auréolée de toute sa force symbolique, était venue donner une seconde vie au principe de non-discrimination alors qu'il avait auparavant été éclipsé par le recours généralisé à la catégorie de l'entrave. Nous avons vu ce qu'il en était en réalité. Il reste que cet arrimage juridique à la citoyenneté de l'Union vient signaler la mise en place d'un nouveau paradigme dont la vocation principale est de conférer une dignité de nature constitutionnelle à l'acquis jurisprudentiel. En se plaçant ainsi sous la bannière de la citoyenneté, le principe de non-discrimination s'extrait officiellement des limites matérielles définies par le droit originaire. En retour, la logique de la citoyenneté de l'Union se fait imparable : si des différences de traitement entre ressortissants européens ont beau être juridiquement inattaquables en droit de l'Union car situées en dehors du champ d'application matériel des traités, elles ne manquent pas simultanément de contrevenir à l'idée même de citoyenneté. Cet argument de la citoyenneté, typiquement fonctionnaliste, dispose par là d'une force de propulsion tout à fait considérable.

L'effet de cet arrimage pour le moins problématique aura donc été de fondamentaliser le principe de non-discrimination, de l'ériger au rang de droit fondamental du citoyen de l'Union et donc de lui octroyer un statut indiscutable. Certaines questions essentielles sont pour autant légitimes et autorisent à mettre en cause la politique jurisprudentielle suivie par la Cour. En adoptant le prisme négatif, censément neutre et indolore, de la non-discrimination, le droit de l'Union prétend préserver les spécificités de chaque système national de solidarité. Reste à savoir si la non-discrimination peut s'interpréter comme un simple principe formel, vide de tout contenu, donc sans effet sur les choix substantiels des États. Nous ne le pensons pas. Qu'il suffise de considérer le cas de la justice sociale : en tant que moyen de pallier l'absence d'une définition européenne unifiée de la justice sociale, il repose sur un implicite qui vient de fait consolider les situations acquises dans le cadre du marché, alors érigé en mode naturel de régulation. Ainsi, la question subsiste : en quoi les discriminations pratiquées sur critère économique (mérite économique, intégration sociale, réussite mesurée à travers la capacité à subvenir à ses besoins) devraient-elles être considérées comme plus légitimes que celles pratiquées en raison de la nationalité<sup>112</sup> ? L'impensé de la non-discrimination est en définitive de renvoyer à une situation par défaut, prétendument optimale, dans laquelle toutes les discriminations autres que celles en raison de la nationalité doivent être perçues comme naturelles<sup>113</sup>. Il faudrait dès lors se garder d'y introduire le moindre élément de perturbation<sup>114</sup>. Le combat contre le nationa-

---

<sup>112</sup> Comme l'écrit Alain Supiot avec ironie, le marché est la seule institution à exclure toutes les discriminations hormis celle de l'argent (A. SUPIOT, « Introduction », in A. SUPIOT (dir.), *La Solidarité*, op. cit., p. 15).

<sup>113</sup> Voir M. UNGER, *Les Frontières de la justice sociale*, op. cit., en part. p. 410 sqq.

<sup>114</sup> Toutes choses égales par ailleurs, cette mystique de la non-discrimination est finalement conçue sur le même mode que l'idéologie de la non-intervention de l'État dans l'économie

lisme étatique (spécialement contre sa variante économique : le protectionnisme) doit en quelque sorte se payer d'un prix non soumis à la discussion : s'en remettre au naturalisme économique ou à la naturalité du marché. Le nationalisme sous toutes ses formes, tel est bien, toujours et encore, l'ennemi à abattre – quitte à faire le lit du néolibéralisme<sup>115</sup>.

Bien plus, depuis que la citoyenneté européenne se donne une ambition sociale, la non-discrimination tend à ériger le marché lui-même en critère de définition de la justice, comme si l'accès au Marché intérieur constituait en tant que tel une modalité naturelle de réalisation de la justice sociale, comme si la Cour était légitime à arbitrer entre les législations nationales. On voit bien aujourd'hui les nombreux effets déstructurants, voire destructeurs, induits par cette naturalisation du fait accompli. Sous couvert de neutralité formelle, le droit de l'Union se contente d'entériner les situations existantes et de promouvoir une conception très rustique de la justice, une justice basée sur l'accès<sup>116</sup>.

L'arrimage de la non-discrimination à la citoyenneté européenne ne s'est pas arrêté là<sup>117</sup>. En se plaçant toujours plus sous la bannière de la citoyenneté, l'empire de la non-discrimination a pu s'étendre à de nombreux autres domaines : il y a longtemps déjà, à vrai dire, que le principe de non-discrimination ne se limite plus à la nationalité et au sexe, qu'il voisine avec l'idée d'une clause générale englobant l'âge, la religion, les convictions personnelles, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle<sup>118</sup>. Notre intention, évidemment, n'est pas de remettre en cause le bien-fondé de la lutte contre toutes ces discriminations illégales, elle est simplement de souligner le statut paradigmatique grâce auquel ledit principe en vient à ériger une séparation radicale entre deux séries de valeurs. D'un côté, les valeurs sociétales qui ne posent pas problème du point de vue des règles du Marché intérieur et qui, à

---

(voir J. BARROCHE, « État-Europe et retour : les impensés d'un rapport dialectique », *Incidence*, n° 10, 2014, p. 113-153, en part. p. 138 *sqq.*)

<sup>115</sup> Autre critique que nous adressons à Catherine Colliot-Thélène (J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*).

<sup>116</sup> Sur cette idée de justice basée sur l'accès, voir L. AZOULAI, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », art. cité ; H.-W. MICKLITZ, « Social Justice and Access Justice in Private Law », in H.-W. MICKLITZ (dir.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2011, en part. p. 3-43.

<sup>117</sup> Voir A. ILIOPOULOU, « Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2011, p. 51-59, ici p. 58-59.

<sup>118</sup> Voir, en particulier, deux directives adoptées en 2000 sur la base de l'article 13 TCE (introduit par le traité d'Amsterdam, devenu art. 19 TFUE) : Conseil, *Directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, 29 juin 2000 ; Conseil, *Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, 27 nov. 2000. À la faveur d'une sorte d'inversion de l'ordre des facteurs entre applicabilité et application, on en arrive à une situation où le principe de non-discrimination est appliqué à raison d'une présomption de violation. Or, la violation d'une règle ne peut logiquement être caractérisée que s'il est d'ores et déjà acquis que ladite règle est applicable dans le cas considéré.

ce titre, peuvent être intégrées au dispositif<sup>119</sup>. De l'autre, les principes sociaux qui posent potentiellement problème et tendent donc, malgré leur fondamentalisation, à être considérés sur le mode de l'anomalie : droit de grève, libertés syndicales, droit de négociation collective, etc. (voir *supra*). Il n'est pas interdit de voir là une déformation intellectuelle, de provenance néolibérale qui, sous couvert d'application du généreux principe de non-discrimination, conduit à passer l'ensemble des valeurs de la citoyenneté au crible du marché. Le citoyen ne serait-il invité à se désaliéner de son appartenance nationale que pour mieux se ré-aliéner au marché ?

### *La responsabilité politique non assumée de la Cour de justice*

À la faveur de l'élargissement inconsidéré de la notion d'entrave que nous venons de décrire, à la faveur également d'un usage très orienté du principe de proportionnalité, les libertés économiques ont comme changé de signification ; d'axes directeurs du Marché intérieur, elles ont été transformées en critères constitutionnels dotés d'une autonomie et d'une fondamentalité telles qu'il n'a très vite plus été possible de les mettre en balance avec d'autres valeurs<sup>120</sup>. On l'a vu, l'application de la libre circulation s'est progressivement détachée de la compréhension originelle du principe de non-discrimination, laquelle restait encore respectueuse des choix économiques et sociaux des États membres. Avec le projet du Marché unique et la fondamentalisation des libertés économiques qui en a procédé, les choix démocratiques propres à chaque État, en principe intervenus dans des domaines non européanisés, ont été insidieusement mis en concurrence. Tant qu'il s'agissait de bannir les discriminations en raison de la nationalité, la définition du contenu substantiel des libertés économiques continuait de résider dans les mains de chaque État membre (les libertés économiques étant, à l'échelle nationale, contrebalancées par d'autres droits fondamentaux). Mais à partir du moment où il s'est agi de bannir toutes les entraves aux échanges, y compris celles qui n'étaient pas discriminatoires, le contenu substantiel des libertés économiques, concurrence oblige, ne pouvait plus différer d'un État à l'autre. La Cour, armée d'un contrôle de proportionnalité particulièrement intrusif (voir *supra*), a pu systématiquement privilégier les libertés économiques.

Certes, en investissant la logique des droits fondamentaux et en arrimant la citoyenneté à l'Espace de liberté de sécurité et de justice (ELSJ), la Cour a-t-elle cherché à s'émanciper des schémas posés pour l'édification du Marché commun et à opérer un basculement du registre économique-fonctionnel

---

<sup>119</sup> La politique conduite par la Commission en faveur de l'égalité entre hommes et femmes est exemplaire à cet égard. Cause consensuelle et non investie par les États, elle « correspondait, note Wolfgang Streeck, à un agenda libéral s'apparentant bien davantage à la réalisation qu'à la correction des mécanismes du marché » (W. STREECK, « Vom Binnenmarkt zum Bundestaat? », in S. LEIBFRIED et P. PIERSON (dir.), *Standort Europa, op. cit.*, p. 383). Pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour, voir, par exemple, CJCE, Gr. ch., 22 nov. 2004, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm* [aff. C-144/04] ; CJUE, Gr. ch., 19 janv. 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG* [aff. C-555/07].

<sup>120</sup> Voir A.J. MENÉNDEZ, « Which Citizenship? Whose Europe? The Many Paradoxes of European Citizenship », *German Law Journal*, vol. 15, n° 5, 2014, p. 907-933 ; « Who is the European Citizen? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté, op. cit.*

vers un registre politico-constitutionnel. Mais, d'un point vue structural – la densification sans limites du principe de non-discrimination en témoigne –, l'épanouissement des droits fondamentaux a de fait épousé la dogmatique du marché<sup>121</sup>. Sans verser dans un antilibéralisme épidermique de type schmittien<sup>122</sup>, on peut néanmoins aller jusqu'à dire que cette place donnée aux droits fondamentaux (ainsi conçus) par le dispositif européen accompagne les excès du marché, beaucoup plus qu'elle ne les limite. La prétention européenne à libérer les individus de toute allégeance trop exclusive à leur État national est-elle tenable, alors qu'elle ne semble régulée par aucun principe politique ? Attend-on que les liens politiques et sociaux défaits sur l'autel de l'europanisation soient recréés par le marché lui-même ?

En matière sociale comme sur le terrain de la vie démocratique, la dynamique d'europanisation tend bien davantage à détricoter les anciennes solidarités nationales qu'à en reconstituer de nouvelles au niveau européen. Et il ne semble pas que, livrés à eux-mêmes, les droits fondamentaux soient en mesure de recréer de véritables liens de solidarité compensateurs. Le pessimisme d'un tel diagnostic ne fait que décourager l'avenir, nous répondra-t-on. Mais peut-on vraiment construire sans passer par cet exercice de lucidité, aussi coûteux soit-il ? Nous le répétons : la lucidité oblige à signaler l'impasse dans laquelle la voie jurisprudentielle a placé la citoyenneté de l'Union. À aucun moment, le juge n'est amené à se poser la question du type de société auquel conduit sa politique jurisprudentielle. La structure même de son rôle est d'éliminer des entraves, de défendre des libertés négatives<sup>123</sup>. Sauf à s'en remettre à l'avis d'une Cour politiquement irresponsable, au prétexte qu'il n'existerait pas d'autres projets pour l'Europe, on ne saurait se satisfaire d'une telle situation.

En se donnant pour mission quasi eschatologique de compenser les tares constitutives du processus législatif européen, les juges se sont en fait accordés le pouvoir d'arbitrer entre des règles démocratiquement posées par les États. La Cour de justice, au prétexte de défendre des droits individuels, peut-elle valablement juger de la valeur des choix politiques opérés par les institutions représentatives des États membres ? La question se pose. Non seulement s'érige-t-elle ainsi en une Cour constitutionnelle à compétence générale qui serait autorisée à subordonner les ordres juridiques nationaux,

---

<sup>121</sup> Nous avouons sur ce point être justiciable d'une certaine critique contemporaine qui, par réaction aux thèses d'un adversaire un peu fantasmé, met en cause, globalement, « le procès des droits de l'homme », mais nous récusons toute idée de « scepticisme démocratique » (J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, *Le Procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016). Si, historiquement considérés, le marché et les droits de l'homme ont constitué deux des principaux moteurs de l'émancipation des individus, il aura tout de même fallu le vecteur historique de l'État pour rendre possible et catalyser le processus. Rien ne dit, d'ailleurs, que nous ne soyons pas aujourd'hui en présence de phénomènes multiformes de ré-aliénation de l'individu en raison même du déclin de l'État.

<sup>122</sup> Nous faisons référence à la manière dont Carl Schmitt décrit la teneur antipolitique du libéralisme en stigmatisant ce qu'il appelle « la polarité éthique-économie » (C. SCHMITT, *La Notion de politique* [1932], trad. M.-L. Steinhauser, Paris, Flammarion, 1992, p. 114 *sqq.*).

<sup>123</sup> Voir F.W. SCHARPF, « The Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot Be a "Social Market Economy" », *Socio-Economic Review*, vol. 8, n° 2, 2010, p. 211-250.

mais, en organisant la concurrence normative des États, elle tend ni plus ni moins à s’octroyer un pouvoir de sélection du droit applicable et, par là, à aggraver le déficit démocratique de l’Union<sup>124</sup>. Sa stratégie de constitutionnalisation de l’ordre juridique européen repose en effet sur une logique tronquée du constitutionnalisme – un constitutionnalisme hémiplogique, sans la démocratie – qui ne saurait ni se revendiquer de la tradition juridico-politique européenne ni se réclamer du précédent américain – ou bien alors faudrait-il oublier que le système politique des États-Unis ne prend sens qu’à l’intérieur d’une référence constante au principe de la souveraineté populaire.

À considérer ce système droit jurisprudentiel-marché transnational, tout se passe en définitive comme si on attendait de l’Union qu’elle produise un citoyen européen sur le mode de l’effet émergent<sup>125</sup>. Mais le citoyen européen peut-il vraiment émerger comme une conséquence secondaire de l’intégration économique et de la constitutionnalisation jurisprudentielle de l’Union ? La logique de l’ordre spontané du marché peut-elle s’appliquer en matière de citoyenneté<sup>126</sup> ?

### 3. UN STATUT FONDAMENTAL ?

On l’a dit, le regroupement d’un corpus de règles éparses sous la bannière de la citoyenneté de l’Union n’aura pas suffi à faire émerger un statut unifié<sup>127</sup>. Derrière le label commun – à prétention édicatrice – de la citoyenneté, il convient de distinguer une multiplicité de régimes juridiques et de situations catégorielles. À tel point qu’il est légitime de se demander si cette fragmentation ne contrevient pas au principe même de statut fonda-

---

<sup>124</sup> On peut ici se reporter aux derniers travaux de Dieter Grimm sur les coûts démocratiques de la constitutionnalisation de l’Union. Tel que porté par la Cour, ce processus de constitutionnalisation a conduit à immuniser la jurisprudence contre toute objection politique démocratiquement fondée (D. GRIMM, « Europa ja – aber welches? », *Merkur*, n° 787, 2014, p. 1045-1058 ; « The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case », *European Law Journal*, vol. 21, n° 4, 2015, p. 460-473 ; *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, Munich, Beck, 2016).

<sup>125</sup> Voir J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d’elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*

<sup>126</sup> À de nombreux égards, la politique européenne tend à se couler dans le moule du marché et à se penser comme lui sur le mode hayékien de l’ordre spontané (F.A. HAYEK, *Règles et ordre, Droit, législation et liberté* [1973], trad. R. Audouin et Ph. Nemo, Paris, PUF, 2007, vol. I, chap. 1-2 ; *Le Mirage de la justice sociale* [1976], *ibid.*, 2007, vol. II, chap. 10). Voir J. BARROCHE, « Une succession de traités peut-elle tenir lieu de Constitution ? », in C. JOUIN (dir.), *La Constitution matérielle de l’Europe*, *op. cit.* Dans le même sens, Ulrich Beck et Edgar Grande parlent de « politique des conséquences secondaires » et du caractère « non intentionnel de l’eupéanisation » (U. BECK et E. GRANDE, *Pour un Empire européen*, *op. cit.*, p. 56-57, p. 64).

<sup>127</sup> Comme l’écrit Ségolène Barbou des Places, « [i]l n’y a jamais eu, en droit de l’Union, un acte politique fondateur proclamant l’égalité de droit entre les membres d’une communauté nommée citoyenneté » (S. BARBOU DES PLACES, « La non-discrimination entre les Européens, horizon indépassable de la citoyenneté de l’Union », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTIER (dir.), *La Non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 197-217).

mental, sauf, évidemment, à voir dans cette fundamentalité la marque d'un caractère « résiduel<sup>128</sup> ». Bien sûr la jurisprudence parle-t-elle d'une « vocation » du statut de citoyen de l'Union à devenir « le statut fondamental des ressortissants des États membres<sup>129</sup> ». Mais l'idée de vocation signifie précisément qu'il s'agit là d'une destination lointaine, d'une pierre d'attente, et non d'une quelconque qualification de la situation existante. Il faut donc aller plus loin : l'enjeu ne consiste pas à constater platement que la citoyenneté européenne ne répond pour l'heure à aucune définition égalitaire (personne ne conteste ce constat) ; il consiste à se demander si le droit de l'Union, tel qu'il existe aujourd'hui, est véritablement de nature à la faire advenir.

### *La persistance de la logique fonctionnaliste*

Si la citoyenneté de l'Union au sens strict s'est de fait imposée comme le statut de référence à l'aune duquel l'ensemble des droits tirés de la libre circulation a été conçu, la citoyenneté européenne au sens large demeure une constellation juridique profondément fragmentée. À chaque fois qu'il y a eu égalisation des conditions par suppression des différences de traitement, celle-ci, engrenage fonctionnaliste oblige, est toujours intervenue de manière graduelle et progressive, catégorie par catégorie : travailleurs, membres de la famille, étudiants, inactifs, etc. ; et l'intervention homogénéisatrice du législateur n'a jamais réussi à gommer cet héritage. Tout comme le régime du droit de séjour, la citoyenneté sociale en témoigne de manière exemplaire, empreinte qu'elle demeure de bout en bout de cette logique catégorielle : l'accès à la solidarité de l'État membre d'accueil est modulé et différencié selon la catégorie à laquelle appartient l'intéressé.

De là les profonds décalages, à l'origine de nombreux malentendus, entre citoyenneté de l'Union et citoyenneté européenne. Par citoyenneté européenne, nous entendons ici l'ensemble des droits qui ont été dégagés par dérivation du statut de citoyen de l'Union. Comprenons tout simplement que ce dernier est venu s'ajouter à des catégories juridiques plus spécifiques déjà existantes et n'a d'ailleurs pas empêché que de nouvelles apparaissent. Ce sont précisément ces catégories spécifiques qui définissent encore, pour l'essentiel, l'accès aux droits attachés à la citoyenneté de l'Union. De manière générale, quatre situations principales peuvent être identifiées : travailleurs salariés ou non salariés, personnes professionnellement inactives, étudiants et bénéficiaires indirects (membres de la famille qui accompagnent ou rejoignent un citoyen de l'Union)<sup>130</sup>. Le statut de citoyen européen est ré-

---

<sup>128</sup> L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne... », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué. Chemins d'Europe, op. cit.*, p. 7.

<sup>129</sup> La formule a été initiée par l'arrêt *Grzelczyk* : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » (CJCE, 2001, *Grzelczyk* [aff. C-184/99], pt 31) puis reprise, sous une forme amendée, par le législateur européen : « La citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des États membres » (*Directive 2004/38/CE*, cons. 3).

<sup>130</sup> Notons que, pour ces derniers, le principal critère déclenchant l'application des droits dérivés de la citoyenneté de l'Union n'est pas de posséder la nationalité d'un État membre, seul mode d'accès à la citoyenneté de l'Union au sens plein, mais d'être rattaché à un citoyen de l'Union par un lien familial. À ces différentes catégories, il faut ajouter le traite-

siduel au sens où il bénéficie uniquement aux ressortissants des États membres qui ne relèvent pas de l'une de ces quatre hypothèses. Où fondamentalité rime bel et bien avec résidualité. Quand bien même la citoyenneté européenne a réussi à s'émanciper de ses origines purement économiques, c'est le statut de travailleur, on le voit, bien plus que celui de citoyen qui reste la voie la plus aisée pour bénéficier des avantages offerts par le droit de l'Union (droit de séjour et droits sociaux). La directive 2004/38 est l'expression directe de cette philosophie : plus un citoyen européen se trouve proche de l'activité économique, ou plus il dispose de ressources suffisantes, plus son droit de séjour est facilement reconnu et plus ses droits sociaux sont étendus.

Par ailleurs, si la dynamique de la citoyenneté européenne a prioritairement été portée par le projet de bannir la catégorie de l'étranger dans les rapports intra-européens, elle n'est évidemment pas restée sans effet sur la situation des ressortissants des États tiers<sup>131</sup>. En raison de la présence d'importantes populations d'origine extra-européenne sur le territoire des États membres<sup>132</sup>, la philosophie de la citoyenneté de l'Union a dû essuyer un certain nombre de critiques, au premier rang desquelles celle de favoriser les migrants intra-européens au détriment des migrants extra-européens. L'Union européenne se fermerait dangereusement sur elle-même, a-t-on pu entendre ; elle s'édifierait en une sorte de forteresse imprenable sur le mode stato-national<sup>133</sup>. Force est de constater que la critique a été prise au sérieux et que les différentes réponses juridiques apportées ont conduit à rehausser très sensiblement la situation des ressortissants des États tiers au point de la faire voisiner, elle aussi, avec celle d'un statut dérivé de la citoyenneté de l'Union. Disons, avec le recul, que la logique de cet élargissement procède en grande partie des incohérences de la citoyenneté de l'Union elle-même et, en premier lieu, de son déficit de détermination<sup>134</sup>. En effet, à faire repo-

---

ment spécifique qui a été réservé aux ressortissants des États membres de l'Europe centrale et orientale. Sur les problèmes posés par les régimes dérogatoires qui leur ont été appliqués à titre transitoire (on peut également ajouter les régimes applicables aux territoires d'outre-mer), voir E. RIGO, « Citizenship at Europe's Borders. Some Reflections on the Post-colonial Condition of Europe in the Context of EU Enlargement », *Citizenship Studies*, vol. 9, n° 1, 2005, p. 3-22 ; T. PULLANO, *La Citoyenneté européenne. Un espace quasi étatique*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, en part. p. 111 *sqq.* ; « La citoyenneté européenne : les mesures transitoires concernant la libre circulation des travailleurs comme productrices de différences », *Droit et Société*, 2014, n° 86, p. 55-75.

<sup>131</sup> Nous écartons ici le cas des ressortissants liés familialement à un citoyen de l'Union (leur rattachement à un citoyen de l'Union leur permet d'accéder à certains droits de la citoyenneté européenne, au premier rang desquels un droit de séjour dérivé) pour nous intéresser aux ressortissants des États tiers sans lien avec un citoyen de l'Union.

<sup>132</sup> Populations le plus souvent liées au Vieux Continent par des liens hérités de l'histoire (notamment coloniale).

<sup>133</sup> Pour la formulation de cette critique dans la période post-maastrichtienne, voir É. BALIBAR, « L'Europe des citoyens », in O. LE COUR GRANDMAISON et C. WIHTOL DE WENDEN (dir.), *Les Étrangers dans la cité : expériences européennes*, Paris, La Découverte, 1993, p. 192-208 ; « Une citoyenneté européenne est-elle possible ? », in B. THÉRET (dir.), *L'État, la finance et le social. Souveraineté nationale et construction européenne*, Paris, La Découverte, 1995, p. 534-553.

<sup>134</sup> Voir J. BARROCHE, « Une citoyenneté sans conscience d'elle-même est-elle possible ? », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *Droits subjectifs et citoyenneté*, *op. cit.*

ser la justification de l'octroi des droits de la citoyenneté européenne sur le critère de l'intégration économique et sociale, rien ne vient véritablement distinguer la situation des ressortissants européens de celle des ressortissants des États tiers. Faute de singularité européenne, ces derniers ont ainsi pu profiter de l'assouplissement de la condition de nationalité et accéder au bénéfice de certains droits attachés au statut de citoyen de l'Union<sup>135</sup>.

La logique du statut fondamental n'entre pas seulement en tension avec le prisme catégoriel qui fragmente la citoyenneté européenne, elle vient également heurter de front le projet de mobilité transnationale qui l'a jusque-là portée. La citoyenneté de l'Union peut-elle continuer à être prioritairement produite par la circulation transfrontalière entre les États membres tout en faisant valoir une fundamentalité digne de ce nom ? Les interprétations se révèlent très discordantes en la matière. Pour certains, malgré ses échappées en dehors du giron économique, la logique du droit de l'Union demeure très majoritairement fonctionnelle : il s'agit de valoriser, de favoriser, certaines situations – au premier rang desquelles la mobilité transnationale – eu égard aux objectifs de l'Union. Le ressortissant communautaire a beau ne plus être réduit à son statut d'opérateur économique, il n'en demeure pas moins considéré à travers le prisme de la circulation. Pour d'autres, on s'acheminerait au contraire vers un nouveau format de citoyenneté conférant une place centrale, sinon dominante, non plus à la circulation et à la mobilité mais à l'intégration (voir *supra*) et à la résidence (voir *infra*).

Avant de discuter plus avant cette thèse de l'émergence d'une citoyenneté de résidence, insistons d'abord sur la persistance de la matrice fonctionnaliste. Point de meilleur indice, ici, que les contours pour le moins inflationnistes qui ont été donnés à la notion de circulation en droit communautaire. À le considérer rigoureusement, le droit de l'Union ne devrait prendre en compte que les situations dites « purement internes<sup>136</sup> ». C'était sans compter le rôle créatif de la Cour : très vite, elle a en effet choisi d'interpréter de plus en plus soupagement l'élément transfrontalier. Les juges n'ont pas hésité, même en l'absence de tout élément d'extranéité, à présupposer une circulation virtuelle ou fictive de manière à pouvoir enclencher le plus largement possible l'application du droit européen. Aussi certains observateurs ont-ils pu soutenir que les citoyens européens étaient en réalité produits par la circulation et le déplacement. La question se pose assurément

---

<sup>135</sup> Précisons néanmoins que si les ressortissants des États tiers se voient appliquer certains droits dérivés du statut de citoyen européen, ils font aussi l'objet de dispositions issues de la politique d'immigration. Telle est la différence essentielle de leur condition juridique avec celle des citoyens de l'Union *stricto sensu*. Notons également que c'est, là encore, par étapes successives que le droit de l'Union a conduit les solidarités nationales à intégrer de nouveaux bénéficiaires : d'abord les ressortissants d'États tiers relevant d'un accord d'association ou de coopération, puis les ressortissants d'États tiers titulaires d'un titre de séjour régulier en situation de mobilité transnationale au sein de l'Union, enfin les ressortissants d'États tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre sans condition de mobilité intra-européenne.

<sup>136</sup> F. MARTUCCI, « Situations purement internes et libertés de circulation », in É. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'Unité des libertés de circulation*. In varietate concordia, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 43-104.



de savoir si les ressortissants des États membres ne faisant pas usage de leur liberté de circulation (c'est-à-dire l'écrasante majorité) sont de vrais citoyens européens. Une telle interprétation pèche vraisemblablement par excès, mais force est par ailleurs de constater que du fait de l'asymétrie juridique créée entre le mobile et le sédentaire comme de l'avantage conféré aux individus en situation d'exercer cette mobilité (c'est-à-dire en mesure de justifier de conditions de ressources suffisantes), les hypothèses de discrimination à rebours ont pu se multiplier à un rythme soutenu – et préoccupant<sup>137</sup>.

« Discrimination à rebours » : la notion est très disputée. Sa pertinence en droit de l'Union demeure contestée au motif que l'identification d'une discrimination suppose nécessairement la mise en rapport de deux situations comparables. Or, il faut convenir que, dans le cas de la citoyenneté européenne, la situation d'un mobile et celle d'un sédentaire ne sont en rien comparables. Les bien mal nommées discriminations à rebours, doit-on comprendre, ne seraient rien de plus que la conséquence du caractère transnational du droit de l'Union. Celui-ci ne concernant pas les situations purement internes, il n'aurait pas de vocation générale s'appliquer<sup>138</sup>, et les discriminations à rebours, en tant que situations purement internes, excèderaient son champ d'application. Comprendre : elles sont le prix à payer pour que le champ d'application matériel du droit de l'Union ne s'étende pas de manière indue. Soit. Reste que cette justification s'effondre dès lors qu'il est question, non plus seulement de libre circulation, mais de citoyenneté. Là encore, le heurt avec l'idée d'un statut égalitaire de citoyenneté se manifeste avec netteté. Certains citoyens de l'Union sont exclus du bénéfice de droits pourtant attachés à leur statut au seul motif qu'ils sont demeurés sédentaires. Un privilège est ainsi accordé au citoyen mobile par rapport au citoyen sédentaire<sup>139</sup>. Pire : à la considérer dans toute sa subtilité, la mécanique des discriminations à rebours repose implicitement sur l'idée que la nationalité constitue une charge dont il conviendrait de se délester. Le national sédentaire se voit appliquer des contraintes étatiques pendant que le citoyen européen mobile est habilité par le droit de l'Union à les contourner. Peut-on légitimement pratiquer de telles discriminations en se fondant sur la notion de citoyenneté ? Justifiables, à la rigueur, lorsqu'il est question de construire un

---

<sup>137</sup> Inspirée par le droit anglo-saxon (*reverse discrimination*), la notion de discrimination à rebours renvoie aux situations dans lesquelles un État réserve à ses nationaux un traitement moins favorable que celui qu'il applique aux ressortissants des autres États membres de l'Union présents sur son territoire. Le raisonnement vaut pour l'ensemble des dimensions du Marché intérieur : non seulement les personnes, mais aussi les marchandises, les capitaux et les services.

<sup>138</sup> Pour une défense des discriminations à rebours dont la mécanique, en tant qu'effet induit et fortuit, serait tout simplement constitutive de la spécificité du droit de l'Union, voir M. GAUTIER, « Les discriminations à rebours, une espèce à protéger », in F. FINES *e. a.* (dir.), *La Non-discrimination entre les Européens*, *op. cit.*, p. 145-160.

<sup>139</sup> Celui-ci ne profite pas – si ce n'est de manière indirecte et non-consciente – des bienfaits du droit de l'Union (la citoyenneté européenne se réduit dans son cas à des avantages retirés en tant que consommateur), tout en ne manquant pas de subir, par ailleurs, les effets que ce droit contribue à produire dans l'ordre interne, spécialement les effets de la concurrence entre les différents systèmes de protection sociale et entre les appareils productifs des États membres (voir *supra*).

marché, les discriminations à rebours peuvent-elles continuer à l'être quand il s'agit d'édifier une citoyenneté ? Et leur diminution doit-elle nécessairement passer par une extension du champ d'application du droit de l'Union ?

On l'aura compris, l'enjeu principal réside ici dans la définition de l'élément transfrontalier. De deux choses l'une : soit le déplacement transfrontalier demeure une exigence indépassable pour appliquer le régime de la citoyenneté européenne, et il faut alors accepter les discriminations à rebours comme des dommages collatéraux, finalement négligeables au regard de l'objectif ultime à atteindre ; soit la lutte contre les discriminations à rebours devient une priorité assumée par le droit de l'Union, et celui-ci se trouve alors conduit à ne plus exiger d'élément transfrontalier pour déclencher l'application du régime de la citoyenneté européenne. Les évolutions de la jurisprudence de la Cour font apparaître en la matière de nombreuses hésitations qui viennent finalement révéler quelques-unes des ambivalences fondamentales du droit de l'Union.

Parmi les différentes hypothèses de discrimination à rebours, la jurisprudence relative à l'état civil des personnes est peut-être la plus exemplaire et la plus significative<sup>140</sup>. Pensons en particulier au droit au double nom tel qu'il a été reconnu aux ressortissants binationaux citoyens de l'Union<sup>141</sup>. Toujours soucieuse de libérer l'individu de toute forme exclusive de rattachement étatique, la Cour a en effet contraint les États membres à reconnaître une situation de famille juridiquement constituée sur le territoire d'un autre État membre, en donnant la primauté au droit de l'individu sur le droit de l'État (ici l'État de reconnaissance). Le citoyen européen, faut-il comprendre, ne peut pas ne pas être assuré de la permanence de sa situation (ici son identité patronymique) ; il doit pouvoir disposer d'un statut unique à l'échelle de l'Union sans être entravé par des différences de législations civiles nationales<sup>142</sup>. Toujours cette même mystique de l'entrave reproduite en toute matière. Simple application au statut des personnes du principe de la reconnaissance mutuelle, dira-t-on : il convient, défend la Cour, que les situations individuelles issues de la mobilité transnationale soient dûment reconnues jusque dans leurs implications les plus quotidiennes et concrètes. Mais, parce qu'il s'agit de protéger les potentialités de l'avenir, cette mobilité transnationale pourra revêtir un aspect bien plus potentiel que réel. Tel est précisément le cas dans l'affaire *Garcia Avello*. Le droit de l'Union s'applique en raison de la double nationalité des enfants, condition tout à fait suffisante selon le juge pour constituer l'élément d'extranéité qui lui est

---

<sup>140</sup> En ce qu'elle illustre particulièrement bien ce processus d'élargissement matériel du champ d'application du régime de la citoyenneté européenne.

<sup>141</sup> Lorsque les deux nationalités en question émanent de deux États membres : CJCE, 2 oct. 2003, *Carlos Garcia-Avello c. État belge* [aff. C-148/02] ; CJCE, 2008, *Grunkin et Paul* [aff. C-353/06].

<sup>142</sup> Où il apparaît que la citoyenneté européenne a beau être portée par l'ambition de promouvoir une intégration sociale complète dans l'État d'accueil, la jurisprudence n'en est pas moins également soucieuse de ne pas transformer une allégeance exclusive par une autre – celle de l'État de provenance par celle de l'État de reconnaissance.

nécessaire<sup>143</sup>. Ceux-ci étant nés en Belgique d'un couple de ressortissants espagnols, leur double rattachement national doit être pris en compte au titre d'une situation *de jure* transnationale, quand bien même cette situation serait *de facto* demeurée purement interne. La logique fonctionnelle l'emporte très clairement ici, qui s'embarrasse très peu de la discrimination à rebours ainsi créée : un avantage est accordé au citoyen européen binational par rapport au citoyen mono-national qui, lui, reste sous la coupe d'une seule législation civile.

La portée de cette jurisprudence relative au nom de famille ne doit pas être dramatisée à l'excès. Elle demeure d'application parcimonieuse et ne manque pas de laisser place à des contraintes qui viennent limiter la liberté de choix de l'individu, la limite de l'intégration effective en premier lieu. Son sens n'en est pas moins tout à fait exemplaire de la logique d'engrenage et du modèle fonctionnaliste qui portent le dispositif de la citoyenneté européenne. Si on est passé du Marché intérieur à l'Espace de liberté, ce changement de support, fondamentalisation ou pas, ne vaut pas nécessairement changement de paradigme : l'individu continue d'apparaître comme le vecteur fonctionnel de la réalisation d'un processus qui n'a rien d'un projet politique.

### *L'ambiguïté du critère de la résidence*

Parce que son application suffirait au déclenchement des dispositifs de solidarité, le critère de la résidence tendrait à fondamentaliser la citoyenneté de l'Union en se substituant au critère fonctionnel du déplacement<sup>144</sup>. Le dispositif ne reposerait plus tant sur l'objectif d'édification du Marché intérieur (mobilisant l'individu selon une logique instrumentale) que sur le statut conféré à l'individu indépendamment de sa contribution effective à la construction du Marché intérieur. Dans cette optique, le libre séjour passerait du rang de droit accessoire à celui de droit principal, ce qui relèguerait de fait la libre circulation au second plan.

Si l'hypothèse de l'émergence d'une citoyenneté de résidence mérite assurément d'être formulée, l'établissement du diagnostic demeure néanmoins soumis à de nombreux débats. Sans pouvoir tous les restituer ici, rappelons brièvement le contraste des interprétations en présence. En qualifiant les libertés de circulation et de séjour de « droit fondamental et individuel » des citoyens de l'Union, en reconnaissant également un traitement avantageux au droit de séjour de longue durée, la directive 2004/38 semble consacrer

---

<sup>143</sup> Notons, sur le terrain de la technique juridique, que la Cour de justice se fonde directement sur la citoyenneté sans se référer à aucun moment à la non-discrimination et sans entrer, non plus, dans les difficultés juridiques propres à la double nationalité.

<sup>144</sup> La thèse de l'émergence d'une citoyenneté de résidence ne se limite pas à insister sur l'assouplissement de la condition de mobilité comme facteur déclenchant de l'application du droit de la citoyenneté européenne. Elle insiste également sur une autre dynamique non moins importante : l'assouplissement de la condition de nationalité non pas tant pour accéder au statut de citoyen de l'Union que pour accéder au bénéfice de certains droits attachés à ce statut (voir, en particulier, M. BENLOLO CARABOT, « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2011, p. 7-28 ; *Les Fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 357-712, en part. p. 539-594). C'est ici la première de ces deux dynamiques qui nous intéresse en priorité.

formellement le critère de la résidence et extraire par là le régime juridique de la citoyenneté européenne de sa dépendance fonctionnelle vis-à-vis du critère de la mobilité transnationale<sup>145</sup>. Pour autant, comme en témoignent l'arrêt *Zambrano* de mars 2011 et les nombreuses solutions qu'il a pu entraîner à sa suite<sup>146</sup>, les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour sont diversement appréciables. Aux yeux de certains, l'hypothèse de l'avènement d'une citoyenneté de résidence se trouve corroborée. Pour d'autres, c'est la logique fonctionnelle du Marché commun qui continue de l'emporter.

Il nous semble que ces deux constats décrivent chacun une part de la réalité. D'un côté, l'arrêt *Zambrano* est rendu dans une affaire qui, objectivement, ne présente aucun élément d'extranéité, c'est-à-dire aucun déplacement transfrontalier intra-européen : la situation soumise aux juges peut ainsi être considérée comme purement interne. De l'autre, la Cour n'abandonne pas son exigence d'un élément transfrontalier et choisit donc de ne pas interpréter les faits de l'espèce comme une situation purement interne. Peut-être a-t-elle simplement cherché à rassurer les États, à leur donner des gages en maintenant sa jurisprudence dans un langage routinier<sup>147</sup>. Mais, à bien considérer son raisonnement, tout porte à croire qu'elle se contente en réalité de redéfinir le critère de l'élément transfrontalier lui-même : l'exigence d'un élément transfrontalier, précisent les juges, inclut les hypothèses dans lesquelles un citoyen européen risque d'être « priv[é] de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par [son] statut<sup>148</sup> ». La nouveauté réside bien dans l'autonomisation du droit de séjour par rapport au droit de circuler : indépendamment de l'exercice préalable de son droit de libre circulation, un citoyen de l'Union mineur peut bénéficier d'un droit au séjour sur le territoire de l'État membre dont il a la nationalité. Par ailleurs, dans la mesure où le citoyen européen concerné est un enfant en bas âge<sup>149</sup>, la Cour reconnaît un droit de séjour dérivé au bénéfice des parents ainsi qu'un accès aux prestations sociales dans l'État d'accueil : un enfant en bas âge, faut-il

---

<sup>145</sup> « [L]a citoyenneté de l'Union confère à chaque citoyen de l'Union un *droit fondamental et individuel* de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres » (*Directive 2004/38/CE*, 29 avril 2004, nous soulignons). De même, le traité de Lisbonne précise que l'Union « offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes » (art. 3 TUE).

<sup>146</sup> CJUE, Gr. ch., 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi* [aff. C-34/09].

<sup>147</sup> Observons que la Cour de justice se situe dans la continuité de son arrêt *Garcia Avello* mais aussi de sa fameuse jurisprudence *Rottmann* (CJUE, Gr. ch., 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern* [aff. C-135/08]). À considérer rigoureusement les faits de cette espèce, il apparaît en effet qu'aucun élément transfrontalier ne peut être identifié : devenu allemand, Janko Rottmann est en litige avec les autorités allemandes. Néanmoins soucieuse d'appliquer le droit de l'Union, la Cour a choisi de viser les conséquences de la décision administrative litigieuse – à savoir la perte du statut de citoyen de l'Union – pour attirer la situation qui lui était soumise dans le champ d'application du droit de l'Union.

<sup>148</sup> CJUE, 2011, *Zambrano* [aff. C-34/09], pt. 42.

<sup>149</sup> C'est dire si la dimension politique de la citoyenneté européenne est négligeable.

comprendre, se verrait privé de la « jouissance effective » de son statut de citoyen européen s'il n'était pas accompagné de ses ascendants.

Cette jurisprudence – de même que l'arrêt *Zhu et Chen*<sup>150</sup> – a fortement contribué à alimenter le fantasme d'un déferlement de ressortissants d'États tiers motivés par le seul et unique objectif d'obtenir un droit de séjour dérivé, *via* la naissance d'un enfant sur le territoire d'un État membre (et l'acquisition par celui-ci de la citoyenneté européenne). Il reste que cette solution n'est pas applicable à l'infini. Ainsi que les juges l'ont précisé dès novembre 2011, elle ne vaut que dans les cas où un citoyen européen est menacé d'éloignement forcé hors de l'Union, c'est-à-dire dans les cas où il risquerait de se voir « priv[é] de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union ou [...] entrav[é] [dans] l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres<sup>151</sup> ». Seuls les individus les plus dépendants, et en particulier les enfants mineurs, sont ainsi protégés au titre des valeurs de l'Union indépendamment de leur mobilité – étant évidemment entendu que la reconnaissance de la résidence demeure de la compétence de l'État d'accueil. Contrairement à ce qu'une lecture un peu hâtive a pu faire croire, cette solution audacieuse posée par l'arrêt *Zambrano* n'a en rien été infirmée par la jurisprudence ultérieure<sup>152</sup>. Dans l'arrêt *McCarthy*, par exemple, la Cour se contente de préciser sa position en distinguant entre les ascendants d'un citoyen européen mineur et le conjoint d'une citoyenne européenne majeure : ce qui vaut pour un enfant en bas âge ne vaut pas pour un adulte autonome. Bien plus, la jurisprudence *Zambrano* a été amplement confirmée et approfondie en 2016-2017<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> CJCE, 19 oct. 2004, *Kunqiam Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department* [aff. C-200/02]. La mise en regard des arrêts *Zhu* et *Zambrano* suffit à faire ressortir plus clairement encore l'apport essentiel du second : l'autonomisation de la citoyenneté vis-à-vis du critère de la circulation transfrontalière. Dans l'arrêt *Zhu*, la Cour consacre l'octroi d'un droit de séjour à l'ascendant d'un citoyen de l'Union mineur, ressortissant d'un État tiers qui assume la charge de ce dernier – droit de séjourner dont il peut bénéficier parce que son enfant a, en l'espèce, fait usage de son droit de circuler. Le critère de la circulation transfrontalière reste ici l'élément déclencheur. Dans l'arrêt *Zambrano*, en revanche, la Cour consacre l'octroi d'un droit de séjour à l'ascendant de deux citoyens de l'Union mineurs, ressortissant d'un État tiers qui assume la charge de ces derniers – droit de séjourner dont il bénéficierait, sans aucun doute, si ses enfants avaient exercé leur droit de circuler, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

<sup>151</sup> CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department* [aff. C-434/09], pt 54.

<sup>152</sup> CJUE, 2011, *McCarthy* [aff. C-434/09] ; CJUE, Gr. ch., 15 nov. 2011, *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres* [aff. C-256/11].

<sup>153</sup> CJUE, Gr. ch., 13 sept. 2016, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado* [aff. C-165/14] et CJUE, Gr. ch., 13 sept. 2016, *Secretary of State for the Home Department c. C.S.* [aff. C-304/14] ; CJUE, Gr. ch., 10 mai 2017, *H.C. Chavez-Vilchez et al. c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank e. a.* [aff. C-133/15]. Dans les arrêts *Rendón Marín* et *C.S.*, les membres de la famille du citoyen de l'Union étaient condamnés pénalement ; leur provenance d'un État tiers aurait dû conduire à leur éloignement automatique mais était en cause un citoyen de l'Union encore mineur. Les autorités nationales sont donc contraintes, avant de procéder à une mesure d'éloignement du territoire national, de s'assurer qu'elle ne porterait pas atteinte de manière disproportionnée au droit de l'enfant citoyen européen de demeurer sur le territoire de l'Union.

Après s'être émancipée du critère de la circulation pour raisons économiques, la citoyenneté semble ainsi se détacher de la condition de circulation en tant que telle. Ou plus exactement : si la libre circulation fait partie des droits du citoyen européen, elle ne saurait plus en assurer la base juridique. Se constituant à elle-même son propre fondement, la citoyenneté devient en quelque sorte un statut autonome. Plus que comme un changement de paradigme, pour autant, la montée en puissance du critère de la résidence s'analyse bien davantage comme un nouveau discours de légitimation de la citoyenneté de l'Union dont la vocation consisterait finalement à maintenir tant bien que mal un équilibre contradictoire : résorber les situations de discrimination à rebours et prendre en compte les situations humaines concrètes tout en donnant des gages aux États. De cela résultent de nouvelles difficultés : la jurisprudence récente de la Cour manifeste sa volonté de dépasser le critère du déplacement transfrontalier de manière à réduire les hypothèses de discrimination à rebours, mais, procédant au cas par cas, question par question, elle reconduit un processus infini sur le mode de l'automouvement circulaire.

On a pu parler de l'émergence d'un véritable « droit au territoire européen<sup>154</sup> », voulant signifier par là qu'aucune mesure nationale n'était plus en mesure de contraindre un ressortissant de l'Union à quitter le « territoire de l'Union<sup>155</sup> ». Autre manière de dire que la citoyenneté européenne confère à ses bénéficiaires un droit fondamental à vivre au sein de l'Union et que ce droit implique corollairement les conditions de possibilité concrètes du séjour. Le parallèle se signale de lui-même : la jurisprudence *Zambrano* attribuée à l'Union ce que le droit international impose de longue date à l'État, à savoir l'interdiction d'expulser ses nationaux et l'obligation de leur garantir un droit inconditionnel de séjour. Il reste qu'à raisonner ainsi, la Cour de justice élude superbement le niveau des États et donc sa nature fédérative, sans poser pour autant les bases d'un véritable statut fondamental au sens où nous l'entendons. La citoyenneté européenne, telle est sa vocation résiduelle, se contente de prendre en charge, à titre supplétif, des situations marginales et donc limitées. Elle ne vient pas saisir la masse des citoyens

---

<sup>154</sup> L. AZOULAI, « Marges de la citoyenneté européenne – obligations étatiques, équité transnationale, *euro-bonds* », in B. FAUVARQUE-COSSON, É. PATAUT et J. ROCHFELD (dir.), *La Citoyenneté européenne*, Paris, SLC, 2011, p. 63-76, ici p. 74 *sqq.* ; « Transfiguring European Citizenship. From Member State Territory to Union Territory », in D. KOCHENOV (dir.), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 178-203. Sans prendre appui sur cette jurisprudence en particulier, Teresa Pullano soulève l'enjeu du nouveau rapport au territoire en train de se construire en Europe, un rapport désormais marqué par la fin de toute stabilité. La labilité territoriale, souligne-t-elle, ne veut pas dire fin mais transformation du territoire. Loin d'être une « entité déterritorialisée » ou « a-spatiale », l'Union demeure pleinement justiciable du concept de territoire. « Si la *citoyenneté européenne* [...] constitue une notion *territoriale* et *spatiale* », elle n'en produit pas moins de la différenciation (T. PULLANO, *La Citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 109 ; « How European Citizenship Produces a Differential Political Space », in E.F. ISIN et P. NYERS (dir.), *Handbook of Global Citizenship Studies*, Londres, Routledge, 2014, p. 437-446). Ce territoire différencié et labile, ajoutons-nous, peut difficilement constituer le support d'une communauté politique.

<sup>155</sup> M. BENLOLO CARABOT, *Les Fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 707. Plus généralement, voir *ibid.*, p. 575-592.

des États membres en développant chez eux le sentiment d'appartenance à une même communauté politique. On nous rétorquera peut-être que, loin d'é luder la souveraineté étatique, la citoyenneté européenne la respecte, voire la renforce, en laissant subsister les États comme seules communautés politiques authentiques. Rien n'est moins sûr, cependant, si l'on veut bien considérer que le propre de la citoyenneté de l'Union consiste à redéfinir la citoyenneté elle-même, ce qui ne peut rester sans effet sur les États.

À assumer une définition substantielle de la citoyenneté, il s'avère difficile de parler d'une véritable citoyenneté européenne. Tout au contraire, la citoyenneté de l'Union nous semble alimenter gravement deux mouvements complémentaires de dépolitisation : l'économisme et l'individualisme. La notion de « citoyenneté de marché » ne caractérise pas seulement les balbutiements de la citoyenneté européenne ; elle reflète sa nature profonde. Les tentatives pour dépasser ce cadre matriciel ont été nombreuses, mais sa persistance, sa « résilience<sup>156</sup> », s'est toujours avérée plus forte. On peut même dire qu'en raison de leur échec au moins relatif ces différentes échappées en dehors de la logique du marché n'ont fait, en définitive, que la confirmer, voire la renforcer. Malgré son développement très au-delà des seules contrées économiques, la citoyenneté européenne demeure encore aujourd'hui marquée par cette provenance, tant du point de vue du contenu (travailler, consommer, voyager, étudier, séjourner ou s'établir dans un autre État de l'Union) que du point de vue de la matrice intellectuelle qui a guidé la Cour dans le déploiement de sa jurisprudence. À toutes les matières qu'elle fait entrer dans la catégorie citoyenneté, elle applique le même schéma de pensée. En matière de citoyenneté comme en matière de libertés économiques de circulation, l'État et sa réglementation ont pareillement été appréhendés sur le mode de l'entrave. Est-ce bien là le prix à payer pour construire une communauté authentiquement démocratique ?

### **Julien Barroche**

*Maître de conférences des Universités en droit public à l'Institut national des langues et civilisations orientales (INALCO, Langues'O), Hautes études internationales (HEI), Centre de recherches Europes-Eurasie (CREE)*

---

<sup>156</sup> N. NIC SHUIBHNE, « The Resilience of EU Market Citizenship », *Common Market Law Review*, 2010, n° 47, p. 1597-1628.





LE DROIT CONSTITUTIONNEL AU SECOURS DE LA POLITIQUE ?

À PROPOS D'UN OUVRAGE DE JEREMY WALDRON.

J. Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016

La langue française ne permet pas toujours de retranscrire de façon appropriée l'efficacité de la langue anglaise. Les circonvolutions et les périphrases sont souvent nécessaires à une traduction satisfaisante. Le titre du dernier ouvrage de Jeremy Waldron ne déroge pas à la règle. « *Political Political Theory* »<sup>1</sup> pourrait se traduire en français par la proposition suivante : « *Pour une théorie politique véritablement politique* » ou, si l'on voulait vraiment insister : « *Pour une théorie politique plus politique et moins théorique* ».

Telle est, en effet, la revendication émise dès le premier article de ce recueil. Jeremy Waldron est néo-zélandais, il a rejoint le Royaume-Uni pour obtenir son doctorat en philosophie du droit à l'université d'Oxford. Il a enseigné au Royaume-Uni (Oxford, Édimbourg), puis aux États-Unis (Berkeley, Princeton, NYU), et a donné des séminaires dans de nombreuses autres universités. Il est actuellement professeur à la *Law School* de la *New York University*. Jeremy Waldron est assez peu connu en France, ou pour être peut-être plus précis, il est assez peu utilisé par les juristes français<sup>2</sup>, même si, les philosophes politiques semblent plus enclins à faire référence à ses travaux<sup>3</sup>. Pourtant, Jeremy Waldron a une influence considérable sur la pensée juridique et politique anglo-saxonne. Cette divergence peut s'expliquer assez facilement par le fait qu'aucun de ses ouvrages n'ait été traduit en français, à moins que ce soit parce qu'on s'y intéresse peu qu'on ne le traduit pas... Pour autant, avec son ouvrage de référence *Law and Disagreement*<sup>4</sup>, Jeremy Waldron a marqué la pensée juridique. Ses attaques répétées contre le contrôle de constitutionnalité des lois, à partir d'une théorie origi-

---

<sup>1</sup> J. WALDRON, *Political Political Theory: Essays on Institutions*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.

<sup>2</sup> À titre d'exception, à notre connaissance, voir O. BEAUD, « Reframing a Debate Among Americans: Contextualizing a Moral Philosophy of Law (Roundtable an Exchange with Jeremy Waldron) », *International Journal of Constitutional Law*, 2009, n° 1 vol. 7, p. 53. ; P. BRUNET, « To Have and Have Not: De la difficulté contre-majoritaire et des moyens d'en sortir », in J.-M. DENQUIN et V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *La démocratie : du crépuscule à l'aube. Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013*, Paris, Mare & Martin, 2017, disponible à l'adresse : [http://www.academia.edu/8142641/To\\_Have\\_and\\_Have\\_Not\\_de\\_la\\_difficult%C3%A9\\_contre-majoritaire\\_et\\_des\\_moyens\\_d\\_en\\_sortir](http://www.academia.edu/8142641/To_Have_and_Have_Not_de_la_difficult%C3%A9_contre-majoritaire_et_des_moyens_d_en_sortir) ; I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017 (voir notamment p. 298-326)

<sup>3</sup> Pour un exemple récent, voir J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l'Homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Editions du Seuil, 2016.

<sup>4</sup> J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

nale qu'il conviendra de développer plus avant, lui ont valu une reconnaissance mondiale. Partout, ses thèses sont discutées, débattues et critiquées. Elles ont eu le mérite de renouveler la discussion sur la légitimité de la justice constitutionnelle. L'orientation qu'il souhaiterait donner à la théorie politique est en réalité le chemin qu'il a toujours suivi : un syncrétisme audacieux entre science politique et science juridique.

*Political Political Theory* est composé de douze chapitres. Chaque chapitre correspond à un article déjà publié, à l'exception des chapitres 5, 8 et 11. Une refonte a été faite, qui apporte une cohérence d'ensemble qui peut faire défaut à des recueils d'articles épars. Le premier chapitre est une profession de foi, un manifeste pour une théorie politique différente de celle pratiquée de nos jours. Ce premier article, qui donne son titre à l'ouvrage, est la leçon inaugurale, donnée par Jeremy Waldron, lors de son accession à la chaire Chichele de théorie sociale et politique du *All Souls College* de l'Université d'Oxford. Cette chaire avait déjà accueilli des noms prestigieux, puisqu'elle a été occupée par Charles Taylor et Isaiah Berlin, pour ne citer que les plus célèbres de ses titulaires. La conviction profonde de l'auteur est que la théorie politique et la philosophie politique doivent se consacrer davantage à ce qui relève du structurel, de l'institutionnel et du constitutionnel. S'il se concentre avant tout sur ce qu'il nomme « théorie politique », il semble considérer que ce constat puisse s'étendre assez facilement à la philosophie politique. Le Chapitre 1 de cet ouvrage justifie cette conviction, les autres chapitres prétendent quant à eux mettre en œuvre cette approche de la théorie politique. L'essentiel des critiques de Jeremy Waldron vise à théorie politique anglo-saxonne et particulièrement britannique, mais nous verrons que la dérive qu'il observe peut être étendue à la philosophie politique continentale. Les chapitres 2 à 10 mettent en œuvre ce manifeste en étudiant d'un point de vue institutionnaliste différents concepts de la théorie politique. Les chapitres 11 et 12 reviennent quant à eux à une étude plus classique en théorie politique, à savoir l'étude des grands auteurs. Dans cette perspective, Jeremy Waldron prend à témoin deux grands auteurs du XX<sup>e</sup> siècle : Isaiah Berlin et Hannah Arendt. Il montre que cette dernière a eu une véritable réflexion institutionnelle, dans sa concrétisation du concept de liberté notamment, ce qui n'est pas le cas de Berlin. Cette étude comparée permet à Jeremy Waldron de mettre en lumière les insuffisances d'une théorie politique trop théorique et peu politique, et de renouer ainsi avec sa revendication épistémologique première.

La revendication principale du livre est épistémologique. La théorie politique doit se recentrer sur l'étude des institutions qu'elle a eu tendance à délaissier au profit des valeurs. Cet objectif passe par une reconstruction des champs du savoir visant à rapprocher la théorie politique de la théorie juridique et, plus spécifiquement, de la théorie constitutionnelle. L'analyse institutionnelle permet ensuite à Jeremy Waldron de proposer une étude novatrice sur la démocratie. S'intéresser aux institutions, dans nos régimes contemporains, équivaut à se confronter à la question épineuse de la démocratie. S'il a fait l'objet d'une riche littérature politique, ce thème n'a en réalité que très peu été analysé en des termes constitutionnels. Une grande partie de la théorie politique de ces dernières années s'est concentrée sur les valeurs et principes sous-tendant l'idéal démocratique, sans pour autant en tirer des conséquences institutionnelles concrètes. Les discussions sur la « justice »

ou la « liberté » sont restées des discussions d'un très haut niveau d'abstraction. En se complaisant dans une démarche analytique, de nombreux auteurs ont eu tendance à négliger les concrétisations institutionnelles de leurs développements théoriques. Plus encore, et c'est en cela que l'auteur revendique une théorie politique véritablement politique, ils se sont peu intéressés au fonctionnement concret des institutions qu'ils défendent. La revendication épistémologique de l'ouvrage est donc profondément liée au recentrage théorique qu'il défend autour des institutions démocratiques. Cependant, l'inverse est également vrai. Pour Jeremy Waldron, c'est parce que nous sommes dans des régimes démocratiques, c'est-à-dire des régimes dans lesquels le désaccord démocratique ne peut être évité, que nous devons nous poser la question des institutions politiques et juridiques capables de le résoudre. C'est donc en poursuivant sa réflexion sur le concept de désaccord (*disagreement*) que l'auteur propose une réorientation de la théorie politique. Réorientation épistémologique vers les sciences juridiques, réorientation institutionnelle vers l'exercice réel de la démocratie : tel est le programme proposé par Jeremy Waldron.

### **I. LA REVENDICATION ÉPISTÉMOLOGIQUE : POUR UNE RÉORIENTATION DE L'INTERDISCIPLINARITÉ EN THÉORIE POLITIQUE**

« [T]here is life beyond Rawls » (p. IX)

L'auteur ne propose pas véritablement de distinction entre la théorie politique et la philosophie politique, pour lui les deux sont atteintes des mêmes maux : un excès d'abstraction, un déni des structures et des institutions, bref une forme de dédain pour le droit et particulièrement pour le droit constitutionnel.

Jeremy Waldron distingue trois types de théories politiques : celles qui s'intéressent aux capacités personnelles des gouvernants, celles qui s'intéressent aux institutions, et celles qui s'intéressent aux valeurs et aux principes qui dirigent l'exercice de la politique (p. 2-4). Cette tripartition correspond en réalité à trois façons de sécuriser le processus politique démocratique. Le bon gouvernement serait celui dont les gouvernants sont vertueux, celui dont les institutions sont les mieux pensées ou celui qui vise certaines valeurs. Cette classification a l'avantage de transcender les clivages théoriques traditionnels. Jeremy Waldron range les théories républicaines dans la première catégorie, dans la mesure où, de son point de vue, celles-ci ont en commun de faire de la *vertu* la garantie essentielle de la communauté politique. Pour cette raison, elles auraient pour conséquence de se désintéresser, parfois, de l'étude des institutions. Au demeurant, l'auteur range la majorité des théories politiques actuelles dans la troisième catégorie. Celles-ci produisent des réflexions fondamentales sur les idéaux devant être poursuivis par une société démocratique, mais, finalement, très peu de choses sont dites sur les conséquences concrètes, institutionnelles, de ces théories normatives ou sur les processus politiques pouvant les mettre en œuvre.

La profession de foi de Jeremy Waldron est double. Il estime d'une part que la philosophie politique et la théorie politique doivent s'intéresser aux concrétisations institutionnelles de leurs principes (p. 8-12). Les cibles sont sur ce point Isaiah Berlin ou John Rawls, qui se sont pendant longtemps

concentrés sur des valeurs, la liberté pour l'un, l'intégrité, la dignité et la justice pour l'autre. Ils n'auraient pas, pour autant, produit une quelconque pensée permettant de concrétiser ces idéaux dans nos sociétés contemporaines. Dans cette perspective, pour Jeremy Waldron, la pensée politique a besoin du droit, des juristes, et particulièrement des constitutionnalistes. D'autre part, J. Waldron affirme que les questions institutionnelles peuvent être posées en utilisant le vocabulaire des théories politiques normatives. Il défend donc un dépassement à double sens des frontières disciplinaires. Il préconise, dans un premier temps, un dépassement des théories politiques normatives grâce au droit constitutionnel. Il préconise, dans un deuxième temps, un dépassement du droit constitutionnel par son implantation dans un contexte philosophique plus large. Le droit constitutionnel, en tant qu'objet et en tant que science, ne peut faire l'économie d'une inscription dans un contexte philosophique et théorique qui dépasse la simple question juridique et qui se situe aussi dans le champ de la théorie politique.

Jeremy Waldron essaye donc de trouver une voie entre la science politique « empirique » et le « moralisme politique » dans lequel serait tombée la théorie politique (p. 5-8). Ainsi, la science politique empirique, quoique nécessaire pour décrire le comportement des acteurs politiques, ne peut suffire à appréhender la dimension normative des choix institutionnels. À l'inverse, ce qu'il appelle « moralisme politique » est une forme de soumission de la théorie politique à la philosophie morale. Il observe cela chez Berlin, qui se concentre essentiellement sur le débat analytique portant sur les définitions de la liberté positive/négative, débat qui évoluera vers une opposition entre libéraux et républicains à propos de la liberté comme non-interférence et de la liberté comme non-domination. J. Waldron détecte une posture similaire chez Rawls, qui se livre lui aussi (presque) exclusivement à un débat analytique abstrait sur la justice, l'équité, etc. Ces deux auteurs ont largement contribué à façonner les termes d'un débat doctrinal d'un très haut degré d'abstraction. Ainsi, même les contradicteurs de Rawls ou de Berlin sont restés dans des débats analytiques dont les conséquences institutionnelles restent peu évidentes. Par exemple, les débats sur le concept de liberté entre libéraux, communautariens et républicains semblent, somme toute, s'attarder assez peu sur les problèmes politiques contemporains.

La démarche de Jeremy Waldron peut paraître d'autant plus nécessaire que les juristes ont en partie déserté les réflexions institutionnelles au profit de l'étude jurisprudentielle effectuée le plus souvent selon une optique moralisante faisant du juge constitutionnel le gardien de la transcendance des droits de l'homme. Ce constat établi par J. Waldron à propos de la science politique pourrait donc sans doute être transposé, *mutatis mutandis*, à la science juridique et spécifiquement au droit constitutionnel. La science du droit constitutionnel serait écartelée entre l'arrêtisme constitutionnel<sup>5</sup> d'une part et la soumission de la science juridique à la philosophie morale<sup>6</sup> d'autre part<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêtiste. Questions de méthode », *RDP*, 2016, n° 4, p. 1137

<sup>6</sup> Cette attitude a souvent été reprochée à Ronald Dworkin, à ce titre, voir R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard

Face à ce constat, Jeremy Waldron affirme tout de même que la réconciliation entre théorie politique et théorie juridique qu'il prône a davantage été le fait de juristes, et particulièrement de juristes américains, que de politistes. En effet, dans le cadre de la pensée américaine, la barrière entre juristes et penseurs politiques semble très poreuse. Comment classer des auteurs tels que Franck Michelman, Cass Sunstein ou Bruce Ackerman ? S'ils sont juristes de formation, ne paraissent-ils pas avoir une méthode proche de celle revendiquée par J. Waldron ? Même au Royaume-Uni, les travaux de juristes comme Adam Tomkins<sup>8</sup> ou Martin Loughlin<sup>9</sup>, ou de politistes comme Richard Bellamy<sup>10</sup>, semblent dans la droite ligne de la pensée waldronienne. Le premier part d'une réflexion sur la constitution britannique et ses réformes récentes, pour en proposer une lecture en termes de théorie politique normative, le républicanisme. Le deuxième entend s'appesantir sur les questions classiques du droit public en utilisant les méthodes et perspectives de la théorie politique. À partir de la conception républicaine de la liberté définie normativement comme l'absence de domination, le troisième vise à en tirer des conséquences en matière institutionnelle sur la concrétisation des droits et libertés ou encore la nécessité de la justice constitutionnelle. Le constat de Jeremy Waldron ne vaut donc pas absolument, et doit être tempéré.

Ce constat paraît, en outre, quelque peu britannico-centré, puisque, au-delà de l'aspect épistémologique, c'est l'aspect institutionnel de ces divisions disciplinaires qui est visé par l'auteur (p. 15-19). Il reproche aux départements de science politique, au Royaume-Uni notamment, d'être trop proches des départements de philosophie et pas assez des départements juridiques. Il n'est pas sûr que cela soit très parlant en France, où la séparation institutionnelle entre science politique et philosophie politique semble plus marquée. En revanche, bien que rapprochées d'un point de vue institutionnel au sein des facultés de droit et science politique, ces deux matières semblent effectivement se séparer depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>11</sup>.

---

University Press, 1997 ; R. DWORKIN, *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs*, Paris, Labor et Fides, 2015.

<sup>7</sup> En ce sens, Martin Loughlin regrette que la quête de scientificité de la doctrine juridique la pousse à se concentrer exclusivement sur l'étude du droit positif. À ce titre, voir M. LOUGHLIN, « Political Jurisprudence », *Jus Politicum*, n° 16, juillet 2016, p. 15, en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Political-Jurisprudence-1105.html>.

<sup>8</sup> A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

<sup>9</sup> M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

<sup>10</sup> R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

<sup>11</sup> J. CHEVALLIER, « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité », in *Droit et Politique*, Paris, PUF, 1993, p. 251 ; A. VIALA, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 519 ; Ph. RAYNAUD, « Le droit et la science politique », *Jus Politicum*, n° 2, mars 2009, en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-et-la-science-politique-77.html> ; voir aussi Ch. JAMIN, *La cuisine du Droit. L'école de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, Lextenso, 2012.

De plus, la démarche de Jeremy Waldron mène à la question épineuse de l'interdisciplinarité. Même lorsque le droit et les institutions prennent une place primordiale dans certaines théories politiques contemporaines, il semble que cette appréhension soit éloignée des considérations des juristes sur ces questions, et peine à saisir les particularités de la science constitutionnelle. Ainsi, lorsque Pierre Rosanvallon, dans son travail sur l'histoire de la démocratie et de la citoyenneté, s'intéresse à la justice constitutionnelle, aucune interrogation n'est produite sur la façon dont le juge constitutionnel interprète la Constitution, ni sur l'influence qu'une interprétation dynamique ou créatrice par le juge peut avoir sur la théorie de sa légitimité. En somme, Pierre Rosanvallon s'intéresse assez peu aux débats tirillant la doctrine juridique, européenne comme américaine, sur l'interprétation de la constitution, qui auraient pu permettre de savoir si le juge constitutionnel a *véritablement* un rôle réflexif, ou si cette légitimité réflexive n'est que le cache-sexe de son pouvoir créateur. Dans une certaine mesure, la même chose pourrait être dite de Jürgen Habermas. Si le rôle du droit a progressivement obtenu une place capitale dans ses ouvrages, il a une vision du rôle du juge constitutionnel aux antipodes de son pouvoir créateur actuel<sup>12</sup>. De sorte qu'il semble possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle, de la même façon que l'on distingue la philosophie du droit des philosophes de la philosophie du droit des juristes, il serait possible de distinguer entre une théorie constitutionnelle saisie par les philosophes politiques et une théorie constitutionnelle saisie par les juristes.

L'ouvrage de Jeremy Waldron suscite une interrogation sur l'épistémologie du droit et des autres disciplines, mais aussi sur les vertus et les limites du rapprochement entre les différents champs du savoir. Toutefois, chez Jeremy Waldron, la question épistémologique n'a pas d'autonomie par rapport aux solutions de fond qu'il propose. Sa revendication épistémologique veut être une revendication utile, qui permette de faire et de comprendre des choses nouvelles, elle n'est pas purement abstraite. Cette nouvelle épistémologie est, en effet, tout entière consacrée à faire entrer dans les différents champs du savoir le thème de la démocratie. Si des travaux importants ont été élaborés sur ce thème, l'auteur propose une configuration originale des relations entre constitutionnalisme et démocratie. En s'intéressant aux structures, aux institutions et aux procédures, il propose une théorie politique de la concrétisation constitutionnelle de la démocratie.

## **II. LA CONCRÉTISATION THÉORIQUE : L'ORIENTATION DÉMOCRATIQUE**

Pour Jeremy Waldron, la réorientation interdisciplinaire qu'il revendique pour la théorie politique est téléologique, elle vise un but, celui de concentrer l'attention des politistes sur la démocratie. Le mauvais côté des débats abstraits sur la liberté ou même la justice est que la question démocratique semble reléguée au second plan. Là encore, le juriste français peut se reconnaître dans cette affirmation, car il semble que ce thème est également absent d'une partie de la réflexion des constitutionnalistes. La ré-

---

<sup>12</sup> D. FONSECA, « L'«effet Habermas» dans la doctrine constitutionnelle contemporaine », *RDP*, n° 6, 2007, p. 1569-1616.

flexion démocratique de l'auteur est triple : penser le rôle démocratique des constitutions, appréhender l'étude des institutions par l'idéal démocratique et recentrer la théorie politique sur la question politique première, à savoir l'exercice du pouvoir en commun.

### *Le rôle démocratique des constitutions*

« *Constitutions are not just about restraining and limiting power; they are about the empowerment of ordinary people in a democracy and allowing them to control the sources of law and harness the apparatus of government to their legitimate aspirations. That is the democratic view of constitutions, but it is not the constitutionalist view* » (p. 43).

Dans le chapitre 2 (p. 23-44), Jeremy Waldron insiste sur le rôle démocratique des constitutions. Il reproche aux constitutionnalistes de n'appréhender la norme constitutionnelle que comme une limite au pouvoir politique. En ce sens, les constitutionnalistes insisteraient sur les dispositions relatives aux droits et libertés, et sur leur protection juridictionnelle. Même lorsqu'ils s'intéressent aux institutions, une grande partie des constitutionnalistes ne percevraient l'organisation de celles-ci que comme une forme de limitation du pouvoir. Pour l'auteur, le rôle des constitutions n'est pas seulement, ni même d'abord, de limiter le pouvoir. Il avance que la constitution a avant tout pour but d'établir des institutions qui permettent aux citoyens de coopérer et se coordonner pour poursuivre des projets qu'ils ne peuvent accomplir seuls. Le rôle majeur de la constitution est donc un rôle d'habilitation<sup>13</sup> du peuple (*empowerment*<sup>14</sup>) (p. 34-37). Il s'agit d'organiser la délibération démocratique, de permettre au peuple de se gouverner, directement ou indirectement. Prenant des accents arendtiens, l'auteur voit dans la constitution le meilleur moyen de fournir un cadre délibératif à l'exercice du pouvoir politique<sup>15</sup>. C'est alors que le rôle du constitutionnaliste apparaît comme fondamental : il faut pouvoir construire des institutions capables de régler les conflits politiques, nés du désaccord démocratique, sans recours à la force<sup>16</sup>. Sans le dire, l'auteur semble se rapprocher d'une conception républicaine de la constitution. Il voit d'ailleurs l'influence de la philosophie libérale dans la conception majoritaire de la doctrine de la constitution comme limite au pouvoir politique. Il insiste sur le lien entre constitution-limite et le pessimisme inhérent au libéralisme (né des guerres de religions) que l'on retrouve dans la pensée libérale d'après-

---

<sup>13</sup> Au demeurant, ce constat peut être rapproché de celui de Guillaume Tusseau, selon lequel une grande partie de la doctrine a tendance à appréhender le droit comme un phénomène essentiellement coercitif, et à négliger son caractère habilitatif. À ce titre, voir G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006.

<sup>14</sup> Le terme d'« *empowerment* » a une connotation plus engagée que le terme habilitation. Dans la théorie critique anglo-saxonne, il renvoie à l'idée d'habilitation, mais aussi à l'idée d'émancipation.

<sup>15</sup> H. ARENDT, *De la révolution* [1965], Paris, Gallimard, 2012.

<sup>16</sup> À ce titre, l'image d'illustration choisie pour son ouvrage symbolise parfaitement cela, puisqu'il s'agit d'une photographie de la rixe générale survenue au Parlement turc le 17 février 2015.

guerre, notamment dans le « libéralisme de la peur » de Judith Shklar<sup>17</sup> (p. 29-34). L'objectif de Jeremy Waldron est de proposer un recentrage de la théorie constitutionnelle sur l'idéal démocratique. Il poursuit ainsi sa démarche, qualifiée de « *democratic jurisprudence*<sup>18</sup> », par laquelle il interroge la capacité des concepts juridiques à (faire) penser la démocratie. À cet égard, il considère que l'attitude des constitutionnalistes est paradoxale. Ces derniers ont besoin du peuple dans leur modèle constitutionnel, car c'est lui qui est à l'origine de la constitution. C'est son existence, indépendamment de celle des représentants, qui justifie la soumission des pouvoirs constitués à la constitution. Cette référence au peuple permet même de justifier le contrôle de constitutionnalité des lois par un juge. Cette origine populaire de la constitution est toutefois largement présupposée, du fait de l'écart qui peut résider entre le moment constituant et le présent. Le paradoxe réside dans le fait qu'au-delà de cette expression populaire hypothétique au sein du pouvoir constituant, l'organisation de l'expression populaire est sans doute largement négligée par la doctrine constitutionnaliste. La réflexion de l'auteur conduit à s'interroger sur les limites et les angles morts de la pensée constitutionnelle. Elle apporte, à ce titre, des pistes de réflexion intéressantes pour le constitutionnaliste, notamment cette opposition entre constitution-limite et constitution-habilitation.

Jeremy Waldron propose donc de recentrer l'étude des constitutions sur la façon dont elles organisent la délibération démocratique. À ce titre, il s'intéresse à ce que nous dit l'organisation constitutionnelle des institutions politiques sur l'exercice démocratique du pouvoir. Quelle(s) forme(s) constitutionnelle(s) pour quelle(s) conception(s) de la démocratie ?

### *Les institutions politiques de la démocratie*

*« Even if the objective truth about justice or the common good is singular, here on earth there are still many of us with many views, and ways must be found to accommodate us all in a political system »* (p. 124)

L'étude institutionnelle de Jeremy Waldron débute, dans son chapitre 3 (p. 45-71), sur une réflexion à propos du principe de séparation des pouvoirs. Ces analyses sont le point de départ de sa réflexion, dans la mesure où sa conception du principe détermine sa lecture des institutions. L'idée principale de ce chapitre est que la séparation des pouvoirs n'est pas seulement un problème de limitation du pouvoir ou de cumul des pouvoirs. Pour Jeremy Waldron, le risque de l'absence de séparation des pouvoirs, c'est leur indistinction. À partir des défenseurs de la séparation des pouvoirs, Locke, Montesquieu, ou des auteurs défendant une conception unitaire du pouvoir, notamment Hobbes, l'auteur souligne l'importance du fait que ces pouvoirs ne s'exercent pas de la même façon. Ce qui importe est donc la soumission à des procédures différentes par rapport à la fonction

---

<sup>17</sup> J. SHKLAR, « The Liberalism of Fear », in N. ROSENBLUM (dir.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 21

<sup>18</sup> J. WALDRON, « Can there be a Democratic Jurisprudence? », *Emory Law Journal*, n° 3, vol. 58, 2009, p. 675-712



exercée. Cette soumission à des procédures juridiques rapproche la séparation des pouvoirs de la *rule of law*. La collaboration des pouvoirs ne signifie pas que les différentes tâches exercées sont les mêmes pour tous, mais que chacun collabore en exerçant le pouvoir d'une certaine façon. Chaque procédure a son intégrité propre, ses qualités propres qui correspondent à la mission pour laquelle elle existe.

Cette conception de la séparation des pouvoirs fonde la réflexion de J. Waldron sur les relations entre les pouvoirs, et lui permet de poursuivre deux tendances de sa pensée politique : la revalorisation de l'institution parlementaire et la critique de la justice constitutionnelle.

Dans cet ouvrage, cinq chapitres sont consacrés à l'institution parlementaire et ses relations avec les autres pouvoirs. Cette insistance n'est pas nouvelle chez J. Waldron, elle perpétue sa réflexion sur la « dignité de la législation<sup>19</sup> » entreprise des années plus tôt. Les chapitres 6 (p. 125-144) et 7 (p. 145-166) poursuivent directement cette réflexion en analysant la nature et les principes relatifs à l'élaboration de la loi. Ils mettent en lumière les sept principes devant innover l'activité législative et ce qui justifie que le parlement est le mieux à même de produire la loi. À ce titre, Jeremy Waldron distingue législation et création du droit (p. 126-129). La première serait une création du droit explicite alors que la deuxième se ferait au détour d'une autre activité. Ainsi, il considère que la création du droit par le juge ne peut pas être qualifiée de législation. Deux types d'arguments viennent à l'appui de cette position. Le premier argument pourrait être qualifié de sociologique : si les spécialistes du droit savent que le juge peut créer du droit, sa légitimité auprès des citoyens n'est pas fondée sur ce principe. Le second argument, plus théorique, souligne que le juge est moins armé que le législateur pour produire du droit : ses procédures ne sont pas prévues en ce sens, et son travail n'est pas évalué par rapport à cette activité. La fabrication explicite de la loi est donc le premier principe de législation. Nous insisterons sur deux autres de ces principes. Premièrement, Jeremy Waldron insiste sur le fait qu'une bonne institution législative est celle qui prend en compte le désaccord entre les individus. Le Parlement semble, à nouveau, le mieux à même de prendre en compte ce désaccord. Il a de toute façon la force du nombre (voir p. 130-134) et il dispose de procédures spécifiques permettant d'organiser le conflit politique. Deuxièmement, Jeremy Waldron insiste sur le principe représentatif, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, le principe représentatif est nécessaire pour rendre possible la délibération politique. La délibération dépend, en effet, de la possibilité de changer d'avis, ce qui ne peut être le cas qu'avec un mandat représentatif. Ensuite, le principe représentatif, dans nos démocraties contemporaines, implique un lien avec les gouvernés, une réceptivité des intérêts et des arguments venant de l'extérieur de l'enceinte délibérative. Cette réceptivité est d'ailleurs incluse dans le principe de responsabilité politique. Ces principes justifient une nouvelle fois que le parlement est mieux placé que le juge constitutionnel pour créer du droit.

---

<sup>19</sup> J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. Voir aussi J. WALDRON, « Legislating with Integrity », *Fordham Law Review*, 2003, n° 72, p. 388.

Trois chapitres s'attachent à analyser les règles juridiques et politiques, les structures et procédures qui ont une influence sur l'activité législative du parlement. Selon nous, ces trois chapitres ont en commun de questionner les rapports entre majorité et minorité. Jeremy Waldron semble vouloir montrer que les structures, règles et procédures à l'œuvre rendent très rares les hypothèses de tyrannie de la majorité.

Cela est très clair dans le chapitre 4 (p. 72-92), dans lequel il aborde un débat classique de la théorie constitutionnelle : la question du bicamérisme. S'emparant des débats britanniques faisant suite aux nombreuses réformes de la chambre de Lords, J. Waldron défend le bicamérisme pour deux raisons. La première est que l'existence d'une deuxième chambre permet de complexifier la représentation politique. S'appuyant sur les écrits de Bentham – un grand critique de l'utilité d'une deuxième chambre – et de Sieyès, il affirme que le point primordial est celui de la différence. La deuxième chambre doit avoir une composition et des procédures différentes, permettant une appréhension différenciée du désaccord démocratique. Cette complexification de la représentation est un moyen d'éviter que la majorité et la minorité désignent toujours des groupes similaires. La deuxième raison est que le bicamérisme serait une bonne façon d'échapper au fait majoritaire et à son corollaire le plus dangereux vis-à-vis de la délibération parlementaire : la soumission au pouvoir exécutif. La question du bicamérisme ne se pose donc que dans le cadre d'une interrogation plus générale sur la séparation des pouvoirs, et spécifiquement sur les rapports entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif.

Les deux autres thèmes autour de l'institution parlementaire témoignent d'un même souci de prendre en compte le système politique dans son ensemble. À ce titre, le principe de responsabilité (*accountability*), abordé dans le chapitre 8 (p. 167-194), joue un rôle déterminant dans la pensée de l'auteur. Il constate que le principe de responsabilité politique joue bien au-delà des mécanismes juridiques d'engagement de cette responsabilité. Ce principe n'est donc pas simplement juridique, il renvoie à une certaine conception du pouvoir : il impose, en premier lieu, une forme de *vertu* des gouvernants – l'auteur rejoint en cela la philosophie républicaine<sup>20</sup>. Il impose, en second lieu, une forme de contrôle de l'activité des gouvernants. En cela, le principe de responsabilité est un fondement possible aux législations favorisant la transparence des prises de décisions. La transparence est nécessaire pour que les gouvernants rendent compte de leurs actes. Là encore, c'est la question du principe majoritaire qui se pose, et du risque de soumission au pouvoir exécutif. Plus largement, ce principe de responsabilité est une façon de rendre la république plus démocratique. Il permet en effet un contrôle de l'activité des gouvernants par les gouvernés. Ce contrôle est double. Dans son versant négatif, c'est un principe de défiance, qui permet de sanctionner les gouvernants. Dans son versant positif, c'est un principe

---

<sup>20</sup> Jeremy Waldron considère que le principe de responsabilité est lié à l'idée républicaine, dans la mesure où le passage de la monarchie à la république traduit le passage d'un pouvoir personnel à un pouvoir exercé par tous et pour tous : « *Republicanism is the frank acknowledgment that the business conducted by government is the public business of the realm and of everyone* » (p. 175).

de confiance, qui permet de transmettre la volonté du corps politique aux gouvernants (voir p. 170-171).

Bicamérisme et responsabilité ont en commun de mettre au centre de la réflexion les risques du principe majoritaire. C'est aussi le cas de la réflexion de l'auteur, entreprise dans son chapitre 5 (p. 93-124), sur le statut de l'opposition parlementaire. Renouant avec sa réflexion sur le désaccord, J. Waldron affirme qu'il faut favoriser les situations de conflits politiques. La reconnaissance d'un rôle pour l'opposition parlementaire, comme c'est le cas au Royaume-Uni, est une façon d'organiser ce désaccord, le fédéralisme en étant une autre. J. Waldron constate par ailleurs qu'il est assez rare qu'une majorité gouverne vraiment seule et, dans une perspective temporelle plus longue, il est possible d'observer qu'il est assez rare que l'opposition arrivée au pouvoir revienne sur ce qu'a voulu la majorité précédente. Souvent même, la majorité associe l'opposition pour des lois importantes, cela est d'ailleurs vrai pour le meilleur, ainsi des lois créant de nouveaux droits (IVG, mariage entre personnes de même sexe), comme pour le pire, à savoir les lois réduisant les libertés de chacun (lois sur le renseignement ou sur la sécurité). Le principe majoritaire ne guide donc pas intégralement la vie politique.

L'activité du parlement est ainsi soumise à une structure et des procédures qui aboutissent à une véritable délibération, et non pas à la soumission irrémédiable de l'opposition à la majorité parlementaire. L'auteur a peut-être ici tendance à quelque peu idéaliser le travail parlementaire. L'exemple de la pratique parlementaire sous l'empire de la Constitution de 1958 ne témoigne pas toujours d'un souci évident de délibération effective. Un recours plus approfondi au droit constitutionnel et une démarche plus ouvertement comparatiste auraient sans doute permis à l'auteur une appréhension plus nuancée du travail parlementaire. Cette négligence est d'autant plus frustrante quand on la met en rapport avec la prétention épistémologique du début de l'ouvrage. Il faut sur ce point constater que cette dernière ne tient pas toutes ses promesses.

La position de Jeremy Waldron est rare, tant d'un point de vue politiste que d'un point de vue juridique. La tendance doctrinale est plutôt à la critique de l'institution parlementaire et à l'admiration de la justice constitutionnelle. Cette dernière est encensée tant dans sa capacité à limiter le pouvoir (comme si elle-même n'en exerçait aucun !) que dans ses capacités délibératives. Bien plus qu'au parlement c'est dans l'enceinte juridictionnelle que la doctrine voit le lieu idéal du forum délibératif<sup>21</sup>. La position de Jeremy Waldron est très différente : il estime d'abord que le juge constitutionnel exerce un pouvoir duquel il n'y a pas de raison de ne pas se prémunir également. Il estime ensuite que le Parlement a des qualités délibératives plus avantageuses que celles dont dispose le juge constitutionnel. À ce titre, il rejette en partie l'objection selon laquelle il défendrait une vision « optimiste » du travail parlementaire. Il considère que les constitutionnalistes défendent une conception non moins idéalisée du rôle du juge et qu'il faudrait

---

<sup>21</sup> R. DWORKIN, « The Forum of Principle », *New York University Law Review*, n° 2, vol. 56, 1981, p. 469.

donc « équilibrer la balance ». C'est l'opposition des points de vue, l'intersubjectivité de la doctrine qui permettra peut-être de rendre compte du travail véritable du juge et des parlementaires (voir p. 220). J. Waldron s'inscrit ainsi dans un courant que les auteurs anglophones appellent le constitutionnalisme politique (*political constitutionalism*)<sup>22</sup>. L'opposition entre constitutionnalisme politique et constitutionnalisme juridique est très présente dans les débats anglo-saxons. Il s'agit d'un débat entre deux modèles de constitutionnalisme, deux façons d'appréhender la constitution (limite/habilitation) et deux façons de protéger la constitution (juge constitutionnel/parlement). Il n'est donc pas étonnant que Jeremy Waldron poursuive une critique engagée de longue date à l'encontre de la justice constitutionnelle.

Deux chapitres sont ainsi consacrés à l'étude de la justice constitutionnelle. Le chapitre 9 (p. 195-245), qui est le plus long chapitre de l'ouvrage, propose une critique théorique, c'est-à-dire une critique qui fait abstraction des différentes manifestations de la justice constitutionnelle, des différents contextes nationaux. Il serait long et fastidieux de reprendre tous les arguments de l'auteur développés dans cet article. Il est néanmoins possible de se concentrer sur le cœur de la critique qui renvoie à nouveau au concept de désaccord (*disagreement*). Si nous sommes en désaccord<sup>23</sup> sur l'interprétation à donner aux dispositions constitutionnelles, quelle institution est la mieux à même de trancher ces désaccords ? Jeremy Waldron avance que le parlement est mieux placé que le juge constitutionnel pour régler ces conflits d'interprétation. Il affirme, d'un point de vue empirique et théorique, que la délibération serait de meilleure qualité au parlement qu'au sein d'une institution juridictionnelle. D'un point de vue empirique, il estime que les débats parlementaires n'ont rien à envier à certaines délibérations juridictionnelles. Les débats sur l'IVG au Royaume-Uni tiennent ici lieu d'exemple. D'un point de vue théorique, l'auteur estime que le parlement est mieux à même de prendre en compte le désaccord et toutes les raisons envisageables à l'adoption d'une loi, alors même que la justice constitutionnelle est soumise à des contraintes qui la détournent des vrais enjeux d'une législation (précédents, théories de l'interprétation, etc.). Jeremy Waldron revient enfin sur la question de la tyrannie de la majorité dont les manifestations sont en réalité très rares, le terme « tyrannie » ne pouvant pas légitimement s'appliquer à chaque décision prise à la majorité.

---

<sup>22</sup> L'article considéré comme la référence en la matière est le suivant : J.A.G. GRIFFITH, « The Political Constitution », *The Modern Law Review*, 1979, n° 1 vol. 42. Voir aussi : A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, *op. cit.* ; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, *op. cit.* Il serait également possible d'inclure M. LOUGHLIN dans cette défense de la « constitution politique » (*political constitution*) c'est en tout cas ce que fait Adam Tomkins dans la recension de l'un des ouvrages du professeur de la London School of Economics. À ce titre, voir M. LOUGHLIN, *Sword & Scales: An Examination of the Relationship between Law & Politics*, Oxford, Hart Publishing, 2000 ; A. TOMKINS, « Review: In Defense of the Political Constitution », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, n° 1 vol. 22, p. 157.

<sup>23</sup> Comme le précise Jeremy Waldron, ce désaccord ne dépend aucunement d'une position morale objectiviste ou relativiste. Même lorsque l'on considère que les valeurs existent, il y a du désaccord. (voir p. 6-7)

Le principe majoritaire est ainsi au centre de la pensée de J. Waldron, en ce qu'il irrigue également sa réflexion sur la justice constitutionnelle. Dans le chapitre 10 (p. 246-273), l'auteur poursuit cette réflexion en posant la question de savoir pourquoi les juges décident à la majorité simple. Cette question est souvent abordée lors de débats autour de la justice constitutionnelle, sans avoir, à notre connaissance, fait l'objet d'une étude systématique. Les constitutionnalistes et les théoriciens de la démocratie insistent sur la critique du principe majoritaire, et sur les risques de tyrannie de la majorité. Pour autant, cette critique semble absente lorsqu'ils étudient l'activité du juge constitutionnel. C'est d'autant plus paradoxal que le juge constitutionnel est considéré comme le rempart essentiel face au risque majoritaire, comme la garantie « contre-majoritaire<sup>24</sup> » de la démocratie. Jeremy Waldron conclut qu'il n'y a pas de « difficulté contre-majoritaire<sup>25</sup> », mais qu'il y a la domination d'une majorité judiciaire sur une majorité législative. Cela doit avoir pour conséquence de redonner au principe majoritaire ses lettres de noblesse. Ainsi, le principe majoritaire n'est pas incompatible avec la délibération. La règle majoritaire est efficace pour régler des problèmes de principe<sup>26</sup>, par exemple des problèmes relatifs aux droits et libertés. La mise en lumière du principe majoritaire au sein des institutions a en outre deux avantages : elle permet de rendre manifeste qu'il n'y a pas de tyrannie dans toute décision majoritaire et de montrer qu'il y a du désaccord sur les questions d'interprétation, que le droit ne s'applique pas, qu'il s'interprète. Dans le cadre français, cette réflexion sur le principe majoritaire pourrait donc apporter des arguments supplémentaires au débat sur la reconnaissance des opinions séparées devant le Conseil constitutionnel.

Il semble que la clé de déchiffrement de la pensée waldronienne sur les institutions soit cette interrogation centrale sur le principe majoritaire. Au contraire d'une grande majorité de politistes et de juristes, plutôt opposée au principe majoritaire, Jeremy Waldron en dévoile le caractère constitutif. Loin d'être un principe dont il faut se préserver, la règle majoritaire détermine l'organisation de nos démocraties. Elle est nécessaire à la résolution du désaccord démocratique et permet l'exercice du pouvoir en commun. Jeremy Waldron défend donc à nouveau une position originale, qui interpelle le juriste quant à sa réflexion sur les institutions. La dernière partie de l'ouvrage affirme la nécessité d'études politiques sur les institutions démocratiques, en prenant à témoin deux auteurs déterminants du XX<sup>e</sup> siècle : Isaiah Berlin et Hannah Arendt.

### *Les penseurs de la politique démocratique : Arendt versus Berlin*

« *The old man's reputation can take it* » (p. 289)

---

<sup>24</sup> Pour une étude récente sur le rôle contre-majoritaire de la Cour suprême américaine, voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre majoritaire*, op. cit.

<sup>25</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, 2<sup>e</sup> éd.

<sup>26</sup> L'auteur utilise ici le terme « principes » dans le sens développé par Dworkin dans sa distinction entre règles et principes. À ce titre, voir Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux* [1978], Paris, PUF, 1995.

Dans sa croisade contre l'excès analytique de la pensée politique, Jeremy Waldron a ses héros et ses ennemis. C'est à ces figures qu'il s'intéresse, à la fin de son ouvrage, dans deux chapitres portant respectivement sur un ennemi, Isaiah Berlin, et une héroïne, Hannah Arendt. Ces deux chapitres sont des chapitres-miroirs, ce qu'il reproche à l'un est ce qu'il trouve admirable chez l'autre. L'opposition entre Berlin et Arendt est d'autant plus intéressante qu'ils se vouaient apparemment une inimitié aussi profonde que persistante. Il semble que dans cette querelle, Jeremy Waldron ait choisi son camp.

Dans son chapitre 11 (p. 274-289), J. Waldron reproche au « vieux monsieur » d'avoir contribué à la dérive analytique de la théorie politique en négligeant les institutions. Dans sa grande fresque de la pensée moderne, qui culmine dans l'opposition entre liberté positive et liberté négative, Berlin aurait négligé la pensée constitutionnelle. Jeremy Waldron reproche au libéralisme de Berlin de ne pas penser la question démocratique. En réalité, la critique est double. Elle porte d'abord sur le fond de la distinction entre liberté négative et liberté positive. En opposant fermement une liberté négative, qui fonderait la protection des interférences des pouvoirs publics, et une liberté positive, antique et potentiellement tyrannique, Berlin semble négliger l'articulation entre les deux types de libertés. En caricaturant l'opposition entre Anciens et Modernes, Berlin omet un pan important de la pensée juridique et politique des Lumières qui a pensé tout autant la fondation du pouvoir que sa limitation. Berlin aurait succombé aux charmes analytiques de sa propre dichotomie au point d'en oublier que l'histoire de la Modernité n'est pas aussi tranchée que cela<sup>27</sup>. La critique de Jeremy Waldron porte ensuite sur le contenu de la liberté négative. Il reproche à Berlin de ne pas avoir abordé les possibles concrétisations institutionnelles de celle-ci. La pensée constitutionnelle fait effectivement défaut chez Berlin, qui se contente, dans une optique résolument pessimiste, de considérer que, n'étant pas certain que la liberté négative et l'ambition démocratique des Modernes soient compatibles, il faut abandonner la seconde pour sécuriser la première. Dans cette perspective ouvertement libérale, Berlin s'intéresse moins à la séparation *des* pouvoirs qu'à la limitation *du* pouvoir.

Arendt, la « *nemesis* » (p. 290) de Berlin selon J. Waldron, centre en revanche sa réflexion sur le fondement constitutionnel de l'exercice politique (*constitutional politics*) (Chapitre 12, p. 290-307). Au-delà de l'intérêt d'Arendt pour les qualités des hommes politiques – leur *vertu* –, elle s'intéresse à la question constitutionnelle. Cela serait vrai d'abord s'agissant du moment fondateur – ce qui peut paraître paradoxal, car l'intérêt d'Arendt pour les Pères fondateurs américains pourrait traduire l'absence de nécessité d'un cadre constitutionnel pour faire de la politique. Cependant, c'est la création constitutionnelle qu'Arendt salue, et elle illustre très bien, d'après Jeremy Waldron, tout l'intérêt de la mise en place d'une constitution. rejoint Arendt dans sa conviction que la politique, pour s'exercer, a besoin des institutions, en l'absence desquelles elle serait livrée à la loi du plus fort, de celui qui parle le plus fort – bref serait la politique de la rue (p. 36). La cons-

---

<sup>27</sup> J. WALDRON rejoint en cela la position de Quentin Skinner, à ce titre, voir Q. SKINNER, *La liberté avant le libéralisme* [1998], Paris, Seuil, 2016.

titution serait ainsi nécessaire pour permettre aux individus de résoudre leurs désaccords, ce qui est la définition même de la politique selon J. Waldron. Pour J. Waldron, en effet, les « circonstances de la politique<sup>28</sup> » sont le désaccord et la nécessité d’agir en commun sans désaccord, nul besoin de politique pour produire une action commune ; sans nécessité d’action commune, le désaccord importe peu. J. Waldron pense retrouver chez Arendt l’origine de ce principe, notamment lorsqu’elle affirme que la « pluralité humaine<sup>29</sup> » est le fondement de la politique et la liberté en est son « sens<sup>30</sup> ». Or, il faut penser la façon dont peut se produire la politique, la façon dont le désaccord démocratique peut provoquer une action commune. C’est pour cela qu’il faut étudier les institutions, les procédures et leur articulation pour comprendre les différentes façons d’agir en commun. La constitution apporte un « hébergement » (*housing*), une « grammaire commune » qui fixe des règles à la délibération démocratique, permettant aux citoyens de transmettre leurs revendications respectives (p. 293-295). La déception nostalgique d’Hannah Arendt à l’égard des Pères fondateurs américains dont la constitution n’a pas réussi à maintenir l’esprit de la révolution<sup>31</sup> ne doit pas se comprendre comme une critique de l’utilité des constitutions en général. C’est l’échec d’une constitution en particulier, la Constitution américaine, qui est dénoncée par Arendt, mais cela ne remet pas en cause la nécessité impérieuse de recourir à une constitution.

L’opposition construite dans les deux derniers chapitres entre Arendt et Berlin apparaît quelque peu manichéenne. Elle est néanmoins très éclairante quant au projet global de Jeremy Waldron dans ce livre : comprendre comment s’organise institutionnellement l’exercice commun du pouvoir à partir du fait politique premier, la pluralité humaine, et le désaccord entre les hommes auquel J. Waldron le lie.

\*

En guise de conclusion, il aurait pu être intéressant de s’interroger, alors même qu’il ne s’agit pas de l’objet du livre, sur la place occupée par Jeremy Waldron dans l’opposition classique de la philosophie politique et juridique anglo-saxonne entre libéralisme et républicanisme. Son chapitre sur le constitutionnalisme laisse entrevoir la poursuite de la réflexion sur ce que certains ont qualifié de constitutionnalisme démocratique. Cette insistance sur l’équilibre à trouver entre constitutionnalisme et démocratie, sa critique de la justice constitutionnelle et même sa préférence pour Arendt plutôt que Berlin, manifestent de sérieuses accointances avec la philosophie républicaine. De là à qualifier Jeremy Waldron d’auteur « républicain », il n’y a qu’un pas... que l’auteur lui-même ne franchit pas !

---

<sup>28</sup> J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999 (voir p. 101-106)

<sup>29</sup> H. ARENDT, *Qu’est-ce que la politique ?* [1956-1959], Paris, Seuil, 2014 (voir p. 161 sq.)

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 183 sq.

<sup>31</sup> H. ARENDT, *De la révolution* [1965], Paris, Gallimard, 2012.

Si tous ses lecteurs ne partageront pas ses arguments ou ses conclusions, le livre de Jeremy Waldron oblige à la réflexion. Il pousse à se questionner sur des théories, largement partagées en doctrine, et qui se donnent, avec le temps, des apparences de vérité. C'est le signe d'un ouvrage important. La conversion doctrinale aux bienfaits démocratiques de la justice constitutionnelle, ou la critique récurrente de l'institution parlementaire méritent sans doute une réévaluation. La question des rapports disciplinaires entre philosophie, droit et politique mérite une réflexion poussée de la part des philosophes, des juristes et des politistes. Jeremy Waldron, quant à lui, mérite, sans aucun doute, plus de considérations de la part des lecteurs français et, pourquoi pas, une éventuelle traduction de ses travaux.

**Thibault Carrère**

*Docteur en droit public de l'université de Montpellier, CERCOP.*



# Notes de lecture



## Samy Benzina

Sylvie SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016

L'ouvrage de Sylvie Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, est une version publiée de sa thèse de doctorat dirigée par le professeur Dominique Rousseau et soutenue le 7 novembre 2015 à l'université de Montpellier. Cette thèse a été honorée du prix de thèse du Conseil constitutionnel 2016.

Derrière le terme sibyllin de « conséquentialisme », que l'auteur tire de la philosophie morale<sup>1</sup> tout en l'ayant « a-moralisé<sup>2</sup> », se cache une idée assez simple : la prise en compte par le juge des conséquences éventuelles de sa décision dans le choix d'une solution au litige dont il est saisi. De cette idée, l'auteur tire une hypothèse de départ applicable au contentieux constitutionnel. Pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative, le juge constitutionnel est supposé se fonder sur un syllogisme le conduisant à confronter exclusivement la mineure (la disposition législative) à la majeure (la norme constitutionnelle de référence) dont résulterait la solution (inconstitutionnalité ou conformité). Son raisonnement est censé être purement abstrait et dénué de toutes considérations extra-juridiques. Toutefois, l'auteur estime qu'il existe un « écart<sup>3</sup> » entre cette vision théorique du contrôle de constitutionnalité et la réalité de sa mise en œuvre par le Conseil. En pratique, il ne serait pas rare pour le juge constitutionnel d'intégrer à son syllogisme une autre donnée : les conséquences potentielles de sa décision. Ainsi, le choix d'une solution par le Conseil constitutionnel ne serait pas exclusivement fondé sur un pur rapport de conformité entre normes législatives et constitutionnelles, mais également sur les conséquences et effets éventuels de sa décision de conformité ou d'inconstitutionnalité.

L'hypothèse de départ de l'ouvrage paraît *a priori* d'une grande banalité. En effet, bien que l'auteur se réfère à une hypothétique « tradition française command[ant] au juge constitutionnel de ne pas s'interroger aux considérations extra-juridiques<sup>4</sup> », l'idée que le Conseil constitutionnel prend en compte les conséquences de ses décisions, voire que ces conséquences potentielles sont prééminentes dans le choix d'une solution, semble faire l'objet d'un relatif consensus dans la doctrine. Ainsi, dès la décision

---

<sup>1</sup>Sylvie SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2016, p. 2.

<sup>2</sup>*Ibid.*, p. 19.

<sup>3</sup>*Ibid.*, p. 5-6.

<sup>4</sup>*Ibid.*, p. 37-38.

du 6 novembre 1962<sup>5</sup>, il est apparu clairement que le Conseil constitutionnel, dont les membres jugeaient pourtant inconstitutionnel le recours à l'article 11 pour réviser la Constitution<sup>6</sup>, s'était déclaré incompétent davantage pour se protéger du courroux présidentiel que par souci de la protection de la Constitution<sup>7</sup>. De même, dans son histoire, la Haute instance a souvent été accusée d'être trop timorée, de manquer d'audace ou de « filtrer le moustique et laisser passer le chameau<sup>8</sup> ». Ces accusations sont souvent fondées, de manière plus ou moins explicite, sur l'idée que le Conseil n'oserait pas s'opposer à la majorité politique du moment de peur de représailles<sup>9</sup>. Autrement dit, le juge constitutionnel serait davantage préoccupé par les conséquences politiques de ses décisions que par leur cohérence juridique.

Ces éléments ne retirent cependant rien à l'importance et l'intérêt de la question traitée par l'auteur. S'il existe une forte suspicion de la doctrine sur l'existence d'un tel conséquentialisme dans les décisions du Conseil constitutionnel, jusqu'à cette thèse cela demeurait du domaine de la supputation. En effet, aucune étude d'envergure n'avait à ce jour tenté de démontrer, de manière méthodique et systématique, que le Conseil constitutionnel est habituellement préoccupé par les conséquences de ses décisions lorsqu'il se prononce sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Cet ouvrage, qui défend donc une véritable « thèse », a le mérite d'explorer un champ du contentieux constitutionnel qui était resté largement ignoré par la doctrine.

L'auteur a fait le choix de mener son étude en suivant une « conception stricte de l'étude du droit positif<sup>10</sup> ». Il ne s'agit donc pas d'analyser l'influence des conséquences potentielles de la décision sur le processus de décision du juge du point de vue de la science politique, de la sociologie ou de la psychologie. En retenant une approche strictement juridique, l'auteur a dû faire face à une difficulté importante : comment démontrer, avec les seuls instruments juridiques, qu'il existe bien un conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ? En d'autres termes, comment amener

---

<sup>5</sup> CC, déc. n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.

<sup>6</sup> V. Y. BEAUVOIS, « Le Conseil constitutionnel à ses débuts (1962-1965) », *Commentaire*, 2007, n° 117, p. 123-134, spéc. p. 126. L'auteur rappelle que les membres du Conseil avaient donné dès le 2 octobre 1962 un avis « officieux et confidentiel » dans lequel les membres jugeaient très majoritairement le recours à l'article 11 inconstitutionnel.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 130. L'auteur rappelle en ce sens les propos du Général de Gaulle lors du Conseil des ministres du 7 novembre 1962 : « Je ne vois pas quels auraient été sa figure et son avenir si [le Conseil constitutionnel] avait voulu s'opposer à la volonté nationale. Cette sottise n'a pas été commise. On aurait fait ce qu'il aurait fallu pour en tirer les conséquences ».

<sup>8</sup> J. RIVERO, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », *AJDA*, 1981, p. 275-277.

<sup>9</sup> Cette peur n'est cependant pas irrationnelle comme l'a démontré la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 conduite par le gouvernement Balladur en réaction à la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 dite « Droit d'asile ». Voir sur ce point le commentaire détaillé de l'auteur : S. SALLES, *op. cit.*, p. 564 *sqq.*

<sup>10</sup> S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 26.

la preuve juridique irréfutable du conséquentialisme ? Cette difficulté est accentuée par le fait que, comme l'observe l'auteur, les décisions du Conseil constitutionnel révélaient rarement explicitement l'existence de telles considérations conséquentialistes jusqu'à l'introduction de la QPC. L'analyse des seules décisions ne permettrait donc pas d'amener la « preuve juridique du conséquentialisme ». Une solution alternative aurait pu être de se tourner vers les éléments périphériques à la décision : « contexte politique, économique et social de chaque affaire, des motifs de la contestation de la loi, des différentes réactions des auditoires lors de la publication de la décision [...] communiqués et commentaires officiels de l'institution, ainsi que les interventions des membres des hautes juridictions et les témoignages des juges constitutionnels et français<sup>11</sup> ». Avec de tels éléments, du reste assez hétérogènes, il serait possible de suspecter l'existence d'un conséquentialisme. Toutefois, si ces éléments peuvent permettre de créer un « doute<sup>12</sup> », ils ne suffisent pas à eux seuls à démontrer l'existence d'un conséquentialisme. En effet, la mobilisation de ces seuls éléments périphériques dans le cadre d'une analyse juridique apparaît hasardeuse dès lors qu'il faudrait pouvoir apporter la preuve d'un lien de causalité direct entre ces éléments de contexte et la solution choisie par le juge.

L'auteur estime que ces difficultés peuvent être contournées du fait de deux événements récents : l'ouverture au public des délibérations du Conseil constitutionnel de plus de vingt-cinq ans<sup>13</sup> et l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) le 1<sup>er</sup> mars 2010. Ces deux événements seraient de nature à permettre de prouver le conséquentialisme dans la mesure où, d'une part, par l'étude des délibérations il serait possible d'identifier « le *raisonnement réel* du juge constitutionnel et de le comparer au *raisonnement exposé* dans la décision<sup>14</sup> » ; d'autre part, la forme et la motivation des décisions QPC traduiraient explicitement la présence de l'argument conséquentialiste au point de créer une « présomption de conséquentialisme<sup>15</sup> ».

Cette recension n'a pas vocation à appréhender l'ensemble des aspects de la thèse tant cette recherche est approfondie et dense. L'ouvrage est impressionnant non seulement par sa taille, mais également par la richesse de ses développements et le sérieux de son appareil scientifique. Cette recension a plus modestement pour objet de présenter, à grands traits, les grandes étapes du raisonnement de l'auteur et de formuler certaines remarques.

L'ouvrage s'organise autour d'une démonstration en deux temps. L'auteur tente d'abord de montrer que le conséquentialisme est inévitable dans le contrôle de constitutionnalité en ce que le juge ne peut se prononcer

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 5-6.

<sup>13</sup> Voir Loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel.

<sup>14</sup> S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 57 sqq.

sans se préoccuper des conséquences de sa solution. L'auteur souhaite ensuite souligner que si le juge constitutionnel est de plus en plus attentif aux conséquences de ses décisions, il n'en reste pas moins qu'à partir du moment où il a rendu sa décision, il ne maîtrise plus les effets de celle-ci qui dépendent des destinataires. En cela, le conséquentialisme serait inachevé.

Dans le premier temps de sa démonstration, l'auteur entend donc prouver l'existence et le caractère inévitable du conséquentialisme dans le raisonnement du juge constitutionnel.

La première étape est de s'appuyer sur les délibérations et des décisions du Conseil constitutionnel pour démontrer que si le raisonnement conséquentialiste apparaît dès les débuts du contrôle de constitutionnalité, il commence à s'exprimer clairement dans la motivation des décisions du Conseil à partir des années 2000 et de manière encore plus prononcée depuis l'entrée en vigueur de la QPC. La démonstration de l'auteur s'appuie non seulement sur une analyse quantitative des délibérations et des décisions en relevant l'emploi du mot « conséquences », mais également qualitative en s'intéressant plus précisément à la nature (par exemple politique ou économique) et à la valeur (en termes de gravité) des conséquences des décisions.

L'auteur montre ensuite que l'analyse conséquentialiste a été utilisée dès l'origine par le Conseil constitutionnel afin de prévenir une remise en cause de sa légitimité dans les cas où ses décisions pourraient avoir des effets néfastes. Le raisonnement conséquentialiste semble donc s'être davantage imposé au juge constitutionnel que véritablement choisi par lui. Toutefois, selon l'auteur, cette protection par le Conseil de ses propres intérêts n'est pas incompatible avec la protection concomitante de l'État de droit. Au contraire, Sylvie Salles juge qu'en protégeant l'organe qu'est le Conseil constitutionnel, le raisonnement conséquentialiste permet aussi de protéger la fonction du juge constitutionnel et donc *in fine* l'État de droit. L'auteur ajoute que le raisonnement conséquentialiste serait devenu un automatisme pour le juge constitutionnel, particulièrement depuis l'introduction de la QPC, au point qu'il existerait un « réflexe conséquentialiste » du Conseil constitutionnel.

L'auteur affirme, en outre, que le raisonnement conséquentialiste est mobilisé par la Haute instance dans sa relation avec les autres juges français et supranationaux. Elle tente de démontrer que ce conséquentialisme se manifeste non seulement par l'anticipation par le Conseil constitutionnel des effets de sa décision sur les autres juges, mais également par une prise en compte des effets des décisions des autres juridictions sur sa propre jurisprudence. L'analyse conséquentialiste permettrait ainsi de révéler un système de juridictions interconnectées.

Mme Salles s'emploie enfin, dans cette première partie, à identifier les différentes techniques mobilisées par le juge constitutionnel, sur le fondement d'un raisonnement conséquentialiste, afin d'atténuer la sévérité des effets de ses décisions sur le législateur et de mieux prendre en compte les contraintes pesant sur le temps législatif. Cela favoriserait l'apaisement des relations entre le Conseil constitutionnel et le législateur.

Dans le second temps de sa démonstration, Sylvie Salles entend souligner que ce conséquentialisme, dont elle estime avoir prouvé l'existence et le caractère inévitable dans la première partie, est nécessairement inachevé.

Ses développements visent tout d'abord à montrer que le Conseil constitutionnel cherche à maîtriser de plus en plus précisément les conséquences de ses décisions. Cela se manifesterait en particulier concernant les conséquences économiques ainsi que, plus implicitement, en matière de conséquences éthiques et sociales des décisions du Conseil. L'ouvrage brille ici par l'originalité de la recherche. En effet, peu d'écrits ont tenté de démontrer que le Conseil constitutionnel se souciait des effets économiques de ses décisions de censure et prenait en compte des données économiques dans son raisonnement. De même, l'auteur souligne que derrière la position de neutralité de façade du Conseil constitutionnel sur les questions éthiques, le juge constitutionnel prend en réalité position en intégrant les conséquences éthiques et sociales de sa décision dans son analyse.

L'auteur entend ensuite démontrer que le raisonnement conséquentialiste est nécessairement limité en ce que le juge constitutionnel ne peut avoir une maîtrise absolue de la réception de ses décisions. Selon Mme Salles, si le Conseil constitutionnel tente de faciliter la réception de ses décisions en améliorant leur rédaction et en communiquant davantage, il doit toujours faire face à une « incomplétude conséquentialiste<sup>16</sup> ». En effet, d'une part, il n'est pas possible pour le juge de prévenir l'ensemble des conséquences de ses décisions, il ne peut donc pas en amont désamorcer l'ensemble des conséquences néfastes. D'autre part, dès lors que la décision du Conseil a été rendue, celle-ci deviendrait « vivante » en ce que sa réception serait en partie autonome et dépendrait essentiellement de la manière dont les destinataires vont l'interpréter et l'appliquer.

Ce rapide tour d'horizon de la thèse appelle à notre sens plusieurs remarques.

Les développements de l'ouvrage visant à démontrer l'existence et le caractère inévitable du raisonnement conséquentialiste dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sont globalement convaincants. Le lecteur, aidé par des références intéressantes et variées, se laisse aisément guider par un raisonnement qui semble le conduire inéluctablement à devoir penser que « l'existence du conséquentialisme constitutionnel ne fait plus de doute tant il est inévitable pour le juge d'y avoir recours<sup>17</sup> ».

Il nous semble pourtant que la lecture de cette partie fait surgir certains doutes, non sur les résultats atteints par l'auteur – sans contester le raisonnement du juge constitutionnel a pu intégrer et intègre encore parfois des considérations conséquentialistes –, mais sur la méthode censée y conduire. Il nous semble en effet que ni les délibérations des décisions du Conseil constitutionnel ni l'introduction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne

---

<sup>16</sup> S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 561.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 318.

permettent d'écarter tout doute sur l'existence du raisonnement conséquentialiste.

Selon l'auteur, l'existence d'un raisonnement conséquentialiste par le juge constitutionnel serait prouvée par l'analyse des comptes-rendus des séances. On peut s'interroger sur la singularité de la publication des procès-verbaux de délibérations d'un organe juridictionnel<sup>18</sup>, mais le mérite de la loi organique du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel est d'avoir permis aux chercheurs d'avoir accès aux débats entre les membres du Conseil précédant leur décision. Outre la publication d'un ouvrage collectif analysant ces délibérations<sup>19</sup>, le Conseil constitutionnel a fait le choix en 2016 de publier l'ensemble de ses délibérations de plus de vingt-cinq ans sur son site internet<sup>20</sup>. Si nous ne doutons pas de la qualité de la recherche conduite par l'auteur sur ces délibérations, on peut davantage s'interroger sur la validité d'un raisonnement fondé sur celles-ci. Il nous semble, en effet, que les conclusions tirées de l'étude de ces délibérations sont affectées de deux grands biais.

En premier lieu, si les comptes-rendus des délibérations sont censés être une retranscription des débats, il faut rappeler que ceux-ci sont le résultat d'une prise de notes des membres du service juridique qui font office de greffe lors des délibérations. Or, les procès-verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel n'avaient pas initialement vocation à être publiés<sup>21</sup>. Leur contenu était destiné à un usage strictement interne de l'institution avec les limites que cela implique. En effet, le Conseil constitutionnel n'est pas une assemblée parlementaire, ses débats ne sont pas soumis aux mêmes exigences de transparence ou de retranscription exhaustive. Si l'ordonnance organique du 7 novembre 1958<sup>22</sup> et le décret du 13 novembre 1959<sup>23</sup> impliquent la création de tels procès-verbaux des délibérations, ils n'imposent pas que le greffe retranscrive intégralement les débats. Au contraire ces travaux

---

<sup>18</sup> En principe, si les débats parlementaires sont soumis à un principe de publicité pour des raisons démocratiques, les délibérations des organes juridictionnels sont au contraire soumises au secret du délibéré, qui a même une valeur constitutionnelle selon le Conseil lui-même (C. const., déc. n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*). La compatibilité de la publication de ces délibérés avec la nature désormais juridictionnelle du Conseil n'est donc pas sans poser question.

<sup>19</sup> B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN *e. a.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Paris, Dalloz, 2014, 2<sup>e</sup> éd.

<sup>20</sup> À l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/comptes-rendus/comptes-rendus-des-seances.147301.html>.

<sup>21</sup> B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN *e. a.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, *op. cit.*, p. XVII.

<sup>22</sup> Voir article 14 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus par sept conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal ».

<sup>23</sup> Voir l'article 3 du décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel qui dispose que « Le secrétaire général prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil. Il établit un compte rendu sommaire de ces travaux ».



doivent être établis de manière « sommaire ». En tant que source de l'intention du juge constitutionnel, ces délibérations sont donc nécessairement imparfaites et partielles : il est loin d'être certain qu'elles sont toujours la retranscription exacte de l'ensemble des interventions des membres du Conseil et donc du « raisonnement réel » du Conseil constitutionnel.

En second lieu, même si nous écartions ce premier biais, il faut remarquer que l'organisation interne du Conseil constitutionnel conduit à grandement relativiser l'importance de ces délibérations dans la production des décisions. La Haute instance est une institution de taille réduite, comprenant à peine plus de soixante agents<sup>24</sup>. Les membres du Conseil constitutionnel ne disposent pas, contrairement à leurs homologues étrangers<sup>25</sup>, de référendaires ou de *law clerks* qui les assisteraient dans le traitement des affaires. Les présidents successifs du Conseil ont fait le choix plus singulier d'avoir un « service juridique<sup>26</sup> ». Le secrétaire général<sup>27</sup> et le service juridique ont une place centrale au Conseil dans la mesure où ils disposent d'une grande expertise et rédigent, en principe sous la direction du rapporteur, les projets de décision<sup>28</sup>. Si le service juridique peut assister tous les membres du Conseil, son temps (limité) sera évidemment consacré principalement à aider le rapporteur. Compte tenu de la charge de travail que peut constituer l'instruction des différents contentieux constitutionnels, il peut être extrêmement difficile pour un membre non rapporteur d'approfondir l'examen de l'ensemble des affaires sans l'aide du service juridique. Cette organisation du Conseil est souvent présentée comme la plus adaptée<sup>29</sup>, car les délais

---

<sup>24</sup> Voir CC, *Rapport d'activité 2017*, p. 62.

<sup>25</sup> Voir par exemple pour la Belgique, le chapitre 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle portant sur les référendaires qui assisteront les juges constitutionnels dans leur travail. Ces référendaires, qui sont généralement des juristes de très haut niveau, peuvent être au maximum 24 (article 35). Cela signifie que les juges ont en général deux référendaires chacun pour se faire aider dans leur travail.

<sup>26</sup> Le rapport d'activité 2017 du Conseil constitutionnel rappelle que le service juridique est composé « d'un magistrat de l'ordre judiciaire, d'un magistrat de l'ordre administratif, d'un administrateur de l'Assemblée nationale, d'un administrateur du Sénat, d'une chargée de mission en droit comparé et d'un maître de conférences à l'université et d'une chargée de mission QPC » (CC, *Rapport d'activité 2017*, p. 59).

<sup>27</sup> Voir sur ce sujet A. CIAUDO, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, n° 73, p. 17-26.

<sup>28</sup> Sur la question de la place du service juridique du Conseil constitutionnel comparée aux exemples étrangers, voir L. GAY, « Le service juridique : quel pouvoir au sein de la juridiction constitutionnelle ? », in P. Esplugas, X. Magnon *e. a.* (dir.), *Question sur la question 5 : Les pouvoirs d'instruction des juridictions constitutionnelles et la formation de l'intime conviction des juges constitutionnels*, Journée d'études organisée à l'Université de Toulouse I, 5 juin 2015, à paraître ; Th. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », 2017, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01560873/document>

<sup>29</sup> Voir en ce sens : J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », art. cité, p. 48. L'ancien secrétaire général résume parfaitement ce point de vue : « On nous a posé souvent la question : comment diable faites-vous en période de pointe, à quatre, pour venir efficacement en aide au rapporteur et aux autres membres. Réponse : notre faible nombre permet une discussion tout à la fois collégiale, rapide et conclusive. Notre nombre est celui qui assure le mieux l'intériorisation d'une mémoire collective. C'est aussi celui qui, à mon avis, garantit le plus haut degré d'adhésion à la cause commune. Si chacun a ses points forts

contraints encadrant le contrôle de constitutionnalité supposeraient de centraliser le travail autour du service juridique et du rapporteur afin d'arriver au plus vite à un consensus sur le sens de la décision<sup>30</sup>. Mais cette organisation du Conseil constitutionnel a une conséquence importante sur la formation du « raisonnement réel » du juge : la solution et les justifications de celle-ci sont déterminées antérieurement même à la délibération du Conseil. Il nous semble donc que, le plus souvent, les débats exposés dans les délibérations ne sont pas l'exposé du « raisonnement réel », mais seulement une justification *a posteriori*, et souvent partielle, du « raisonnement réel » tenu par le rapporteur et le service juridique. Ce phénomène est d'ailleurs accentué, depuis l'introduction de la QPC, par l'augmentation significative du nombre de décisions que doit rendre le Conseil et de leur technicité. Cela peut inciter les membres à se concentrer sur les affaires dont ils ont la charge, en particulier au regard des délais très courts auxquels ils sont soumis. Ainsi, en l'absence d'information suffisante, de temps et parfois de compétence juridique des membres pour appréhender les enjeux de l'ensemble des décisions qui sont délibérées, la phase de délibération n'a pas un rôle central dans le processus décisionnel. Le cas où la solution choisie par le rapporteur est rejetée par la majorité des membres fait seule exception : dans une telle hypothèse, la délibération redevient le théâtre de véritables débats qui peuvent conduire à une solution alternative. Par conséquent, il nous semble que la place souvent subsidiaire des délibérations dans la formation du processus décisionnel au Conseil constitutionnel tend à fortement relativiser l'idée que l'étude des comptes-rendus de séance permettrait d'identifier le « raisonnement réel » du juge et donc d'en tirer la preuve incontestable de l'existence d'un raisonnement conséquentialiste. Il n'est en effet pas toujours certain que les arguments avancés lors de ces délibérations, pour justifier une solution de type conséquentialiste, soient les raisons réelles ayant conduit à l'adoption d'une solution.

L'auteur s'appuie ensuite sur la jurisprudence du Conseil des années 2000<sup>31</sup> et l'introduction de la QPC pour affirmer que ce raisonnement conséquentialiste se serait banalisé et se manifesterait désormais au grand jour dans les motifs des décisions du Conseil constitutionnel ou dans les commentaires officiels<sup>32</sup>. Mme Salles évoque même l'essor d'un véritable

---

et ses lacunes, chacun participe à tout : rédaction des projets conformément aux vues du rapporteur, notes diverses, recherches documentaires ».

<sup>30</sup> *Ibid.* L'ancien secrétaire général ajoute que, « outre les raisons précédemment énoncées sur la magie des chiffres trois et quatre, il existe une réfutation plus profonde à cette revendication [à l'augmentation des effectifs]. Elle nous est suggérée par l'observation des Cours constitutionnelles dont chaque membre est doté d'un "staff". Ces assistants attachés à la personne d'un juge (comme souvent les entourages des ministres) ont tendance à exagérer les différences de positions entre membres plutôt qu'à chercher à les aplanir ou, du moins, à les dépouiller de la part de malentendu qu'elles recèlent ».

<sup>31</sup> En particulier les décisions suivantes du Conseil constitutionnel : déc. n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites* ; n° 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat* ; n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

<sup>32</sup> S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 62.

« droit conséquentialiste<sup>33</sup> ». Si l'existence d'un tel raisonnement conséquentialiste peut être défendu pour les décisions des années 2000 évoquées par l'auteur, nous sommes beaucoup plus réservés sur les développements s'appuyant sur le pouvoir modulation des effets dans le temps comme preuve de l'existence du conséquentialisme. Cela pourrait à première vue apparaître paradoxal, mais il nous semble au contraire que l'émergence de ce nouveau pouvoir du Conseil constitutionnel, à la fin des années 2000, marque en réalité un recul du raisonnement conséquentialiste dans le contrôle de constitutionnalité.

Pour comprendre ce phénomène, il faut repartir de la conception que l'auteur retient du conséquentialisme. Pour Sylvie Salles, le conséquentialisme renvoie à l'idée que le juge constitutionnel ne peut pas faire abstraction des conséquences de ses décisions dans l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative. Autrement dit, pour répondre à la question de la conformité à la Constitution d'une loi, le Conseil constitutionnel ne se limite pas à confronter cette norme législative à la norme constitutionnelle. Pour déterminer sa solution, il prend d'autres éléments en compte : les conséquences potentielles de la décision. Ainsi, une disposition législative pourrait être inconstitutionnelle après sa confrontation à la Constitution, mais le juge pourrait tout de même la déclarer conforme du fait des graves conséquences qu'emporterait une déclaration d'inconstitutionnalité. Or, il nous semble que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le pouvoir de modulation introduit à l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, loin de renforcer ce type d'analyse conséquentialiste, ont plutôt conduit le juge à s'en extirper. En effet, dans le contrôle *a priori*, le Conseil est face à une loi qui vient d'être adoptée par la majorité et dont les enjeux politiques, économiques, sociaux, etc., peuvent être importants. Il est difficile d'imaginer que le Conseil fasse le choix de censurer ou non une telle loi sans se préoccuper des conséquences d'une telle décision. On rejoint d'ailleurs l'auteur lorsqu'elle présente les décisions de conformité sous réserve comme « un support de l'analyse conséquentialiste<sup>34</sup> » en ce qu'elles permettent d'éviter au Conseil de devoir censurer une loi. Ce raisonnement conséquentialiste apparaissait d'autant plus fondamental que jusqu'à la décision « OGM » du 19 juin 2008, le Conseil n'avait pas le moyen de contrôler les effets de sa décision lorsqu'il avait choisi une solution (conformité, conformité sous réserve, inconstitutionnalité).

Mais l'introduction de la QPC nous semble avoir modifié fondamentalement un tel paradigme. Le contentieux QPC, qui est quantitativement le plus important aujourd'hui<sup>35</sup>, porte sur des dispositions plus précises et techniques qui, sauf exception<sup>36</sup>, ne font pas l'objet d'une attention politique

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 68 *sqq.*

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>35</sup> Le Conseil constitutionnel a par exemple rendu sur l'année 2016, 81 décisions en matière de QPC contre seulement 17 en matière de contrôle *a priori*.

<sup>36</sup> Voir par exemple les décisions du Conseil constitutionnel qui ont porté sur la garde à vue, le harcèlement sexuel ou plus récemment sur l'état d'urgence.

ou médiatique particulière. Le Conseil peut donc se prononcer sans véritablement se préoccuper des conséquences politiques de ses décisions. Il n'a plus besoin de protéger sa légitimité. Les effets politiques ne sont évidemment pas les seules conséquences d'une décision du Conseil. Selon la typologie construite par l'auteur, il existerait également des conséquences « juridiques, économiques, éthiques, institutionnelles, démocratiques<sup>37</sup> » qui sont démultipliées dans le contentieux QPC, dans la mesure où la disposition législative en cause a déjà produit des effets. Le Conseil doit donc être d'autant plus attentif aux conséquences de sa décision.

Toutefois, et c'est en cela que nous divergeons de l'auteur, cette attention particulière du juge constitutionnel pour les conséquences de ses décisions n'est pas, dans le cadre de la QPC, une marque d'un renforcement du conséquentialisme, mais au contraire un signe de son affaiblissement. Selon nous, l'introduction du pouvoir de modulation des effets des décisions du Conseil a en grande partie expurgé le contrôle de constitutionnalité *stricto sensu*, entendu comme la technique syllogistique visant à confronter la loi à la Constitution, de considérations extra-juridiques. En effet, le problème de la constitutionnalité d'une disposition législative et celui des effets de la solution choisie sont désormais, pour l'essentiel, découplés dans le contentieux QPC. En disposant des moyens juridiques permettant de contrôler les conséquences de ses décisions, le juge n'a plus besoin de prendre ces éléments en considération au stade de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi. Selon la solution qu'il choisit, il pourra en tout état de cause moduler les effets de sa décision selon une gamme aujourd'hui codifiée qui va de l'effet rétroactif au report des effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité en passant par le simple effet abrogatif<sup>38</sup>. Le raisonnement du juge constitutionnel se décompose désormais en deux phases : en premier lieu, l'appréciation purement juridique de la constitutionnalité de la loi selon le syllogisme classique (choix d'une solution à la question de la constitutionnalité de la disposition contrôlée) ; en second lieu, l'analyse des conséquences de la solution choisie et la mobilisation du pouvoir de modulation afin de prévenir tout effet néfaste de celle-ci (choix des conséquences à donner à la solution préalablement choisie). Dans le contentieux QPC, l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative manifeste un « dé-conséquentialisme » dans la phase de choix d'une solution au litige. La question des conséquences de la décision n'a donc plus une influence aussi directe sur le choix de la solution (conformité ou inconstitutionnalité). Évidemment, si cette description vaut pour la plupart des décisions QPC, elle ne signifie pas pour autant que ces deux phases sont toujours strictement hermétiques. Il existe certainement encore des cas où les conséquences de la décision sont intégrées dès la première phase<sup>39</sup>, manifestant un raison-

---

<sup>37</sup> S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit, p. 76.

<sup>38</sup> Qu'il nous soit permis de renvoyer à S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2017, p. 211 sqq.

<sup>39</sup> Le contrôle de la législation antiterroriste ou relative à l'état d'urgence en est un exemple. Voir par exemple en ce sens K. ROUDIER, « Le Conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire », *NCCC*, n° 51, 2016, p. 37-50 ; C. RICHAUD,

nement conséquentialiste au stade du contrôle de constitutionnalité. Nous souhaitons simplement souligner une tendance qui ne va pas vers le renforcement du conséquentialisme tel que défini par l’auteur, mais au contraire vers son déclin au stade du contrôle de constitutionnalité *stricto sensu*.

Nous aimerions, enfin, faire quelques remarques sur les développements que l’auteur consacre à la « maîtrise limitée de la réception des décisions<sup>40</sup> ». Selon Sylvie Salles, si le Conseil essaye d’anticiper et maîtriser la réception de ses décisions, il ne peut en tout état de cause maîtriser l’ensemble des effets possibles de sa décision initiale qui, dès qu’elle a été rendue, devient une « décision vivante<sup>41</sup> » dont la trajectoire échappe dans une certaine mesure à son auteur. Nous devons dire d’emblée que nous sommes assez peu convaincus par les développements de l’auteur arguant que la réception des décisions du Conseil serait « facilitée par une meilleure rédaction » qui serait « pédagogique »<sup>42</sup>. Il nous semble au contraire que, malgré une réforme cosmétique de la motivation des décisions en 2016<sup>43</sup>, celle-ci, loin d’être pédagogique, reste très largement insuffisante<sup>44</sup>. Le juge constitutionnel ne semble pas encore avoir complètement intégré la nécessité d’être plus exhaustif et précis dans les considérants relatifs aux effets de ses décisions, et ce malgré ses décisions explicatives de 2011<sup>45</sup>. Un certain relâchement de sa part pourrait même être relevé depuis quelque temps. Cela n’est pas sans poser de difficulté comme l’a par exemple montré la décision du 6 octobre 2017<sup>46</sup> relative à la contribution de 3% sur les dividendes distribués. Dans cette décision, le Conseil déclare inconstitutionnelle une telle contribution en jugeant que « aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d’inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date<sup>47</sup> ». Immédiatement, certains médias ont affirmé que l’État allait devoir rembourser cette contribution à l’ensemble des sociétés qui l’avait payée, ce qui représente-

---

« QPC relatives à l’état d’urgence : les limites d’une jurisprudence normale appliquée à un régime d’exception », *Gaz. Pal.*, n° 13, 2016, p. 30-32.

<sup>40</sup> S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 481 *sqq.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 563 *sqq.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 486 *sqq.*

<sup>43</sup> Voir le dossier spécial consacré par les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 55-56, 2017 : « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l’épreuve des modèles étrangers ».

<sup>44</sup> Pour une étude approfondie et critique de la motivation des décisions du Conseil, voir notamment : D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

<sup>45</sup> Voir CC, déc. n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, (Cons. 5) ; CC, déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d’aide sociale]*, (Cons. 8).

<sup>46</sup> CC, déc. n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière [Contribution de 3 % sur les montants distribués]*.

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 11.

rait 9 milliards d'euros<sup>48</sup>. En réalité, une connaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel aurait dû conduire à affirmer que seules les sociétés ayant une affaire ou instance en cours, c'est-à-dire ayant introduit un recours devant le juge de l'impôt à la date de publication de la décision, était susceptible de bénéficier des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité<sup>49</sup>. En effet, les déclarations d'inconstitutionnalité ont en principe un effet abrogatif, et par exception seulement un effet rétroactif pour les instances en cours et selon les directives du Conseil constitutionnel. Or appliquer cette déclaration d'inconstitutionnalité à des contribuables qui ont introduit une réclamation postérieurement à la décision revient ni plus ni moins qu'à conférer à la décision du Conseil un effet rétroactif, et non abrogatif, dans la mesure où elle s'appliquerait à des situations juridiques déjà définitivement constituées. Cet exemple souligne que malgré les risques importants de mauvaise compréhension de sa décision, le Conseil constitutionnel n'a pas fait l'effort de préciser les effets de sa décision et laisse en réalité aux autorités d'application la charge de déterminer la portée concrète de sa décision.

Il nous semble d'ailleurs que l'une des raisons de cette carence dans la motivation des décisions du Conseil constitutionnel peut être recherchée dans la politique de communication que le Conseil conduit. En effet, nous ne croyons pas que « en améliorant sa motivation hors décision, le juge renforce la prévention des conséquences de la réception de ses décisions<sup>50</sup> ». Cela pourrait apparaître *a priori* contre-intuitif, mais en pratique la multiplication des moyens de communication (communiqués, commentaires officiels, articles ou discours des membres du service juridique) complétant la décision a tendance à obscurcir la position du juge. La décision n'étant plus suffisante pour appréhender la position du juge, le lecteur doit se référer à une multitude de documents annexes dont la valeur juridique est très incertaine. Cela ne facilite pas l'exécution des décisions du Conseil par les destinataires, en particulier les juridictions administratives et judiciaires, qui, au regard du nombre d'affaires dont elles sont saisies et des contraintes liées au temps, n'ont pas le loisir de s'intéresser à l'ensemble des écrits entourant la décision. Le juge ordinaire se sert donc essentiellement de la décision elle-même et peut donc avoir du mal à en comprendre la portée. Du reste, ces moyens de communication déresponsabilisent le Conseil constitutionnel qui n'est pas forcé de réformer en profondeur sa manière de motiver ses décisions notamment au regard de leur portée et leurs effets.

Ces quelques remarques ne retirent rien aux très grandes qualités de l'ouvrage de Mme Salles. Au contraire, elles sont la manifestation du grand intérêt des différents sujets traités par la thèse, qui suscitent chez le lecteur des réflexions et des questionnements, signe des bons livres. La lecture de

---

<sup>48</sup> Voir par exemple : <https://www.legifiscal.fr/actualites-fiscales/1654-remboursements-contribution-3-dividendes-9-milliards-attendus.html>

<sup>49</sup> On remarquera cependant qu'en l'espèce les conseils des sociétés semblaient au fait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la mesure où des dizaines de sociétés se sont jointes opportunément à l'instance devant le Conseil d'État, antérieurement à la saisine du Conseil constitutionnel, pour pouvoir bénéficier, le cas échéant, des effets de l'abrogation.

<sup>50</sup> S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 507.

cet ouvrage apparaît indispensable pour toute personne qui s'intéresse à la justice constitutionnelle et plus généralement aux méthodes de raisonnement du juge.

**Samy Benzina**

*Samy Benzina est maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et membre du Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP).*





## Thibault Carrère

**Jack M. BALKIN, *Le constitutionnalisme américain.*  
*Au-delà de la Constitution des origines et de la constitution vivante,*  
Paris, Dalloz, 2016**

*Tous les hommes louent le passé et blâment le présent, et souvent sans raison. Ils sont tellement férus de ce qui a existé autrefois, que non seulement ils vantent les temps qu'ils ne connaissent que par les écrivains du passé, mais que, devenus vieux, on les entend prôner encore ce qu'ils se souviennent d'avoir vu dans leur jeunesse. Leur opinion est le plus souvent erronée, et pour diverses raisons. La première, c'est qu'on ne connaît jamais la vérité tout entière sur le passé. On cache le plus souvent les événements qui déshonoreraient un siècle ; et quant à ceux qui sont faits pour l'honorer, on les amplifie, on les raconte en termes pompeux et emphatiques. La plupart des écrivains se laissent si bien subjuguier par le succès des vainqueurs, que, pour rendre leurs triomphes plus éclatants, non seulement ils exagèrent leurs succès, mais la résistance même des ennemis vaincus ; en sorte que les descendants des uns et des autres ne peuvent s'empêcher de s'émerveiller devant de tels hommes, de les louer et de les aimer. La seconde raison, c'est que les hommes ne haïssent que par crainte ou par envie, deux mobiles qui meurent avec les événements passés, lesquels ne peuvent inspirer ni l'une ni l'autre. Mais il n'en est pas ainsi des événements où nous sommes nous-mêmes acteurs, ou qui se passent sous nos yeux : la connaissance que nous en avons est entière ; rien ne nous en est dérobé. Ce que nous y apercevons de bien est tellement mêlé de choses qui nous déplaisent, que nous sommes portés à les juger plus sévèrement que le passé, quoique souvent le présent mérite réellement plus de louanges et d'admiration.*

Machiavel, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Livre II, Avant-propos

**L**e constitutionnalisme américain. *Au-delà de la Constitution des origines et de la Constitution vivante*, paru en 2016 est la traduction de l'ouvrage de Jack Balkin, *Living Originalism*, paru en 2011. Jack Balkin est professeur de droit, diplômé de Harvard et de Cambridge, il occupe aujourd'hui la chaire Knight à la *Yale Law School*. Il semble difficile de retranscrire en quelques pages toute la richesse et la densité de l'ouvrage de Jack Balkin. Cette étude se place dans un champ doctrinal spécifique, et les prises de position de l'auteur laissent transparaître toute la subtilité des controverses constitutionnelles d'outre-Atlantique. Il faut donc rapidement présenter la controverse fondamentale qui structure ce champ doctrinal et l'ouvrage de Jack Balkin : l'opposition entre originalisme et constitution vivante.

L'originalisme est une doctrine présente aux États-Unis, défendue à la fois par des professeurs de droit et par des juges, selon laquelle l'interprète de la constitution doit s'en tenir au contenu explicite ou implicite du texte constitutionnel. À ce titre, les originalistes ont d'abord défendu l'idée de retrouver l'intention originelle (*original intent*) des rédacteurs ou de ceux qui ont adopté le texte constitutionnel. Cette approche subjective pose problème, notamment parce que l'appréhension de l'intention originelle s'avère particulièrement difficile, et risque de tomber dans une forme de psycholo-

gisme. C'est pourquoi les originalistes ont opéré une objectivisation<sup>1</sup> du contrôle en recherchant la signification originelle (*original meaning*) de la Constitution. Cette doctrine est apparue aux États-Unis à la fin des années 1960 et au début des années 1970<sup>2</sup>, et a connu un large essor dans les années 1980<sup>3</sup> chez des juristes conservateurs dans le but de limiter le pouvoir créateur du juge et en réaction à l'interprétation extensive de la Constitution opérée par la Cour Warren. Afin de faire face à cette lecture conservatrice de la Constitution, la doctrine progressiste a fait sien l'argument originaliste<sup>4</sup>. Les auteurs progressistes se sont mis à la recherche d'un « passé utilisable<sup>5</sup> » c'est-à-dire une lecture historique de l'origine de la Constitution permettant de poursuivre des objectifs progressistes<sup>6</sup>. De la sorte, l'originalisme a eu une influence primordiale sur l'intégralité de la pensée constitutionnelle aux États-Unis. À cette théorie originaliste s'oppose la théorie de la constitution vivante<sup>7</sup>. Celle-ci se déploie en un volet descriptif et prescriptif. D'un point de vue descriptif, le constitutionnalisme vivant renvoie au constat d'un écart entre le texte constitutionnel et la pratique des organes politiques et juridictionnels résultant de son interprétation. D'un point de vue prescriptif, il sert à prôner une adaptation du texte constitutionnel, parfois ancien, aux exigences contemporaines de la société. À l'inverse des auteurs originalistes, les défenseurs de la constitution vivante défendent donc une interprétation extensive et créatrice de la part du juge.

Le titre de l'ouvrage, en anglais comme en français, illustre la volonté de Jack Balkin d'aller au-delà de cette opposition binaire. Du point de vue de l'auteur, ces deux théories se rejoignent, car elles exigent un attachement

---

<sup>1</sup> Sur ce processus d'objectivation, voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre majoritaire*, Paris : Dalloz, 2017, p. 213 sqq.

<sup>2</sup> R. BERGER, *Congress v. The Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1969. Pour une étude générale, voir J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics. A constitutional history*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005.

<sup>3</sup> C'est à cette époque que le terme originalisme semble apparaître. C'est aussi à cette époque qu'Antonin Scalia, un juge ouvertement originaliste, est nommé à la Cour suprême par le Président Ronald Reagan. Voir à ce titre R. BERGER, « Originalist Theories of Constitutional Interpretation », *Cornell Law Review*, vol. 73, n° 2, 1988, p. 350-358. ; R.H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990 ; A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1998.

<sup>4</sup> M. TUSHNET, « L'état actuel des études juridiques critiques aux États-Unis », *APD*, n° 44, 2000, p. 419. Qu'il nous soit également permis de renvoyer à Th. CARRÈRE, *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne*, Thèse de droit public, Université de Montpellier, 2017, p. 363 sqq.

<sup>5</sup> C.R. SUNSTEIN, « The Idea of a Useable Past », *Columbia Law review*, 1995, vol. 95, n° 3, avril 1995, p. 601-608.

<sup>6</sup> R. POST et R. SIEGEL, « Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution », *Fordham Law Review*, 2006, vol. 75, n° 2, 2006, p. 545-574.

<sup>7</sup> Pour une étude centrée sur les États-Unis, voir A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris, Garnier, 2014. Pour une étude de droit italien, voir C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 2003.

partagé au texte et aux principes de la constitution (I). Si le débat entre originalisme et constitution vivante est souvent présenté comme portant sur les méthodes d'interprétation et de construction constitutionnelles, pour le professeur de Yale, la question de l'interprétation de la constitution n'est pas la seule à l'œuvre dans ce débat. Jack Balkin considère, en effet, que toute théorie de l'interprétation de la constitution est aussi une théorie de la légitimité du système constitutionnel dans son ensemble. Ainsi, la « méthode du texte et du principe » n'est pas seulement, ni même premièrement, un guide à destination du juge lorsqu'il interprète le texte constitutionnel, mais la défense d'une théorie démocratique du constitutionnalisme (II).

## I. LA RECHERCHE D'UNE TROISIÈME VOIE ENTRE ORIGINALISME ET CONSTITUTION VIVANTE

Jack Balkin s'intéresse en premier lieu à l'interprétation de la Constitution américaine. C'est d'abord autour de cette question que se cristallise l'opposition entre originalisme et constitutionnalisme vivant. Pour Jack Balkin, cette opposition est largement dramatisée. Le professeur de Yale considère que l'originalisme et le constitutionnalisme vivant sont en réalité « le recto et le verso de la même pièce » (p. 42). La compatibilité entre originalisme et constitutionnalisme vivant, revendiquée par l'auteur, n'est toutefois possible qu'au prix d'une conception particulière de ces deux théories. S'agissant de la première de ces théories<sup>8</sup>, Jack Balkin défend un « originalisme du cadre » par opposition à un « originalisme de l'édifice » (p. 43 *sqq.*). L'originalisme de l'édifice se caractérise par la croyance selon laquelle la constitution est globalement un produit fini. La législation démocratique n'est qu'un droit ordinaire, autorisé dans les limites de la constitution. À ce titre, le travail du juge serait purement formel, il ne serait qu'une question de méthodologie éloignée de toute considération politique. À l'inverse, l'originalisme du cadre repose sur l'idée selon laquelle la constitution est un cadre initial, susceptible d'être interprété et complété par des constructions constitutionnelles émanant de la législation ordinaire. La constitution n'est plus un produit fini, mais une norme en perpétuelle évolution. La méthode « du texte et du principe » défendue par l'auteur est une forme d'originalisme du cadre, faisant sien le volet descriptif du constitutionnalisme vivant, à savoir le nécessaire écart entre le texte constitutionnel et la pratique. Cet originalisme singulier repose sur une distinction empruntée à Keith Whittington entre « interprétation constitutionnelle » et « construction constitutionnelle<sup>9</sup> ». Pour le lecteur français, cette distinction n'est pas sans rappeler, celle entre interprétation comme acte de connaissance et interprétation comme acte de volonté. On pourrait d'ailleurs regretter que l'auteur ne s'engage jamais dans une étude des auteurs européens particulièrement prolifiques à ce sujet – tels que Kelsen par exemple –

---

<sup>8</sup> Pour une étude récente, en langue française, de la diversité des théories originalistes, voir M. CARPENTIER, « Variations autour de l'originalisme », *RFDC*, vol. 107, n° 3, 2016, p. 739-744.

<sup>9</sup> K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.

pour rester dans une optique franchement américano-centrée. Pour Jack Balkin, cependant, la distinction entre interprétation et construction ne doit pas être surestimée. En réalité, il s'agit davantage d'une distinction temporelle que conceptuelle. Toute interprétation implique dans un premier temps la recherche d'un sens et, dans un deuxième temps, la construction d'une solution juridique à un problème donné. Cette activité de construction ne peut pas être écartée, elle est simplement plus ou moins libre en fonction du texte appliqué (p. 24-27).

L'originalisme de Balkin est donc essentiellement formaliste, il s'intéresse moins au contenu du texte constitutionnel qu'au degré de généralité des énoncés linguistiques qu'il contient. À cet égard, il différencie trois types de normes : les règles, les principes et les standards. Ces trois types traduisent, de la part des constituants, un encadrement distinct de la liberté attribuée aux générations futures dans la mise en œuvre de la constitution. Les règles sont des énoncés particulièrement précis et, à ce titre, n'engagent aucun travail de construction de la part des interprètes de la constitution. C'est le cas, par exemple, de la majorité des règles procédurales de la constitution américaine, comme l'âge imposé pour être Président, ou la composition du Sénat. À l'inverse, les principes et les standards, présents par exemple dans les déclarations de droits, laissent une marge de manœuvre importante aux interprètes futurs du texte constitutionnel. C'est une forme de délégation consentie aux générations futures. Toutefois, ces principes ou standards ne laissent pas une liberté totale aux interprètes, les constructions fondées sur ces principes sont soumises à une exigence de cohérence à leur égard (p. 23-24 ; p. 27-29 ; p. 69-72)<sup>10</sup>.

Loin d'un réalisme juridique radical, Jack Balkin renoue avec un certain formalisme, inhérent à tous les originalismes : le texte constitutionnel limite l'étendue de la construction constitutionnelle. Le texte agit comme une contrainte interne, à condition que l'interprète souhaite être fidèle au texte constitutionnel. C'est le concept de « fidélité à la constitution » – défini comme l'application de « son texte et ses principes à nos circonstances présentes et [...] [l']usage de toute la tradition d'opinions et de précédents, qui ont cherché à défendre et à mettre en œuvre la constitution » (p. 42) – qui permet à l'auteur de distinguer la construction de la violation de la Constitution (p. 118). Cette fidélité au texte constitutionnel est déduite du caractère écrit de la Constitution. Aux contraintes de la forme du texte, s'ajoutent les contraintes institutionnelles pesant sur l'interprète de la constitution, qui émanent notamment des pouvoirs constitués. Ces contraintes sont alors de nature sociologique.

Apparaît ici la singularité de la conception de la Constitution vivante de Jack Balkin. Celle-ci se caractérise toujours par la capacité de l'interprète à renouer avec le texte constitutionnel d'origine, et ne saurait justifier

---

<sup>10</sup> L'argument de l'originalisme du cadre est « un argument qui demande que soit pris au sérieux le choix de la Constitution de recourir à des règles, des principes, des standards et des silences. [...] En réalité, si nous adhérons à la signification originelle de la Constitution et au choix de règles, de standards et de principes, propres à la Constitution, nous interpréterons inévitablement la Constitution selon la "signification" contemporaine au sens à la fois des applications contemporaines et des constructions contemporaines » (p. 71).

n'importe quelle construction constitutionnelle. Dans le même temps, le caractère formaliste de sa théorie laisse de la place à la construction constitutionnelle et se détache de l'originalisme, dans sa version ancienne comme moderne. Dans cette perspective, l'histoire est sans cesse réinterprétée à l'aune du présent. Il faut étudier l'histoire pour connaître la signification originelle de la Constitution, mais cette signification évolue sans cesse, car l'historien n'est jamais le même. L'histoire n'est jamais écrite que dans le présent<sup>11</sup> et à la lumière de son utilité pour le présent<sup>12</sup>. De la sorte, contrairement à ce que pensent les tenants du constitutionnalisme vivant, l'histoire est toujours utile, elle nous livre un vocabulaire et des concepts. J. Balkin met en exergue le fait que les controverses sur l'interprétation contemporaine de la constitution – à tout le moins aux États-Unis – se font par un retour au passé, au texte de la constitution. Si l'on suit J. Balkin, l'histoire ne peut qu'être instrumentalisée au profit du temps présent, mais ce n'est pas problématique : ce type d'interprétation témoigne de notre fidélité à un projet constitutionnel qui se déploie sur plusieurs générations. La référence au texte de la Constitution n'est donc pas anodine, celui-ci est un instrument qui nous lie, nous garantit que nous parlons le même langage, et que nous sommes, malgré nos désaccords interprétatifs, au sein d'une seule communauté politique qui se reconnaît dans le texte constitutionnel.

Jack Balkin unifie donc les différentes théories de l'interprétation de la constitution, en montrant que l'originalisme ne peut se faire sans construction et que la constitution vivante implique toujours un retour au texte. Le débat technique sur l'interprétation constitutionnelle par le juge devient donc secondaire. Il se déplace alors vers la question de la légitimité, et donc de l'identité de l'interprète légitime de la constitution<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> « Pour appréhender ce qu'il y a de commun entre nos aspirations et celles des générations précédentes, il n'est pas nécessaire de formuler les principes constitutionnels précisément de la même manière que les générations précédentes. Nous essayons d'interpréter le passé dans le présent comme formulant des principes envers lesquels nous sommes encore engagés aujourd'hui. Quand nous vouons fidélité au passé, nous le faisons toujours du point de vue du présent. La fidélité au passé est une décision d'aujourd'hui à propos de ce envers quoi nous sommes engagés, vu avec le regard des contemporains. Nous ne pouvons pas être fidèles dans un temps autre qu'aujourd'hui et nous ne pouvons pas avoir une autre perspective que celle que nous adoptons maintenant. Et, comme le présent est toujours en mouvement vers l'avenir, il en va de même de notre situation et donc de notre perspective. Ce sont les conditions inextricables de la fidélité à une tradition de foi qui se perpétue et à une pratique politique qui se continue » (p. 385).

<sup>12</sup> Pour une perspective similaire, qu'il nous soit permis de renvoyer à Th. CARRÈRE, « Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle », *Jus Politicum*, juin 2015, n° 14, disponible en ligne à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Sur-le-neo-republicanisme-et-la-science-de-l-histoire-constitutionnelle-1005.html>.

<sup>13</sup> Pour l'auteur « [l']idée que la Constitution doit être “notre droit” nous conduit au concept de légitimité. Les préoccupations liées à la question de la légitimité garantissent les théories de l'interprétation constitutionnelle. Et réciproquement, nous soutenons des théories différentes de l'interprétation constitutionnelle ou nous nous y opposons, en invoquant leurs effets sur la légitimité » (voir p. 101).

## II. UNE THÉORIE DÉMOCRATIQUE DU CONSTITUTIONNALISME

L'apport principal du livre de Jack Balkin est le lien qu'il établit entre les différentes théories de l'interprétation de la constitution et la conception de la légitimité du système juridique que s'en font leurs auteurs (p. 101 *sqq.* et p. 465 *sqq.*). Jack Balkin nous renseigne sur le rôle que joue une constitution dans un État démocratique et, réciproquement, sur le rôle du processus démocratique sur l'évolution de la constitution.

En ce sens, si l'originalisme limite le pouvoir créateur du juge par la nécessité de demeurer fidèle au texte constitutionnel, c'est parce que la constitution est un produit de la souveraineté du peuple. La légitimité démocratique se trouve dans l'acte initial de législation. Le constitutionnalisme vivant, pour sa part, défend l'idée que la légitimité du système constitutionnel ne se réduit pas au respect de la signification originelle (même si ce dernier est nécessaire d'après la conception qu'en a l'auteur), mais s'étend au fait que l'évolution du sens de la constitution à travers le temps demeure le résultat d'un processus démocratique légitime. En somme, les changements dans l'interprétation de la Constitution étant inéluctables – contrairement à ce que pensent les originalistes –, au moins faut-il qu'ils soient légitimes.

L'auteur distingue trois sens qui sont attribués à la Constitution. Celle-ci est perçue ou envisagée à la fois comme un « droit fondamental », un « droit supérieur » et « notre droit » (p. 95 *sqq.*). D'abord, par « droit fondamental », Jack Balkin entend la constitution en un sens formel : la constitution « pose un cadre de base pour le gouvernement qui promeut la stabilité politique et alloue des droits, des devoirs, des pouvoirs et des responsabilités. Elle [...] est le droit qui est au fondement (ou le droit suprême) et qui prévaut sur tout droit contraire » (p. 95). Ensuite, par « droit supérieur », l'auteur envisage la constitution essentiellement d'un point de vue matériel, renvoyant à « une réserve de valeurs et de principes ». En conséquence « la Constitution prévaut sur le droit ordinaire, non seulement parce qu'elle est juridiquement ou du point de vue procédural antérieure à lui, mais également parce qu'elle représente des valeurs importantes qui doivent prévaloir sur le droit ordinaire » (p. 96). Enfin, l'auteur considère la constitution comme étant « notre droit ». Elle permet au peuple de se penser comme « un sujet collectif qui perdure à travers le temps » (p. 96). Cette troisième perception de la constitution met alors en lumière l'ancrage sociologique d'une constitution donnée et du système juridique auquel elle est liée. En premier lieu, la constitution américaine, du fait de sa longévité, est « un projet politique à long terme auquel de nombreuses générations différentes auront à participer » (p. 97). En deuxième lieu, la constitution américaine renvoie à « un inventaire de récits, de symboles et de compréhensions qui lie les gens entre eux et en fait un peuple » (p. 97). En vertu des trois significations présentées par l'auteur, la constitution n'est donc pas une norme comme les autres.

Plus particulièrement, considérer la constitution comme « notre droit » permet à Jack Balkin de défendre une conception démocratique du constitutionnalisme, conciliant originalisme et constitution vivante. Cette théorie a une dimension à la fois descriptive et prescriptive : d'une part, l'auteur observe que l'évolution de la constitution américaine se fait par un processus démocratique, dont le juge n'est qu'un participant parmi d'autres ; d'autre

part, il estime que l'évolution de la constitution se doit de répondre à un processus démocratiquement légitime. Cette légitimité est dépendante d'autres types de légitimités : morale, sociologique, procédurale (p. 102). Toutefois, la légitimité démocratique dudit processus ne doit pas être confondue avec ces autres types de légitimité, elle ne doit pas s'y réduire. La légitimité morale notamment, c'est-à-dire la conformité à certains idéaux de justice, ne doit pas occulter la légitimité démocratique. En cela, J. Balkin s'oppose aux autres théoriciens de la constitution vivante qui tendent à centrer leurs réflexions sur le travail du juge<sup>14</sup>. Jack Balkin critique ainsi assez largement ce qu'il nomme « l'idolâtrie constitutionnelle » qui tend à confondre la politique et la justice<sup>15</sup>. Pour l'auteur de *Living originalism*, si le juge dispose d'un pouvoir d'interprétation de la constitution, il n'en détient pas le monopole. Il se prononce d'ailleurs souvent après que l'évolution de la signification de la constitution a eu lieu, pour acter des changements dans l'opinion publique. Cela est notamment dû aux contraintes sociologiques pesant sur les juges, liées à leur mode de nomination par exemple (p. 38-42 ; p. 67-69 ; p. 417-421). Ce sont d'abord les citoyens, et ensuite les institutions politiques qui sont les véritables responsables de l'évolution du sens de la Constitution. La théorie de Jack Balkin n'a pas vocation à discriminer ces évolutions du point de vue de la philosophie morale. Il constate par exemple que les décisions progressistes de la Cour Warren trahissent assez largement le consensus progressiste des années 1960. Les décisions conservatrices actuelles de la Cour suprême ne sont que le résultat d'une évolution conservatrice de la société dans son ensemble (p. 454-460). L'auteur prend ainsi exemple de l'arrêt *Heller* venant consacrer, sur fondement du II<sup>e</sup> amendement un « droit individuel à se servir d'armes d'autodéfense<sup>16</sup> ». Rien ne nous permet de nous y opposer, si ce n'est le caractère toujours inachevé de la construction, c'est-à-dire la possibilité à terme de revenir sur l'interprétation conservatrice de la Constitution si la demande sociale est suffisante.

Cette théorie peut paraître désabusée, mais, en réalité, elle apparaît particulièrement séduisante d'un point de vue démocratique : il ne tient qu'à nous, qu'à notre activité politique normale de faire évoluer le sens de la constitution, car celle-ci est « notre droit ». Le point fondamental à l'origine de l'évolution des interprétations de la constitution est le désaccord qui ca-

---

<sup>14</sup> L'auteur vise en cela essentiellement le travail de Ronald Dworkin. À ce titre, voir R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1997 ; *id.*, *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs* [2011], Paris, Labor et Fides, 2015.

<sup>15</sup> « L'idolâtrie constitutionnelle confond les produits de la politique avec l'idéal de justice. Elle court-circuite le projet de rédemption constitutionnelle, en supposant que cette rédemption a déjà eu lieu. En un sens, l'idolâtrie constitutionnelle est l'opposé même du constitutionnalisme rédempteur, qui soutient que la pratique constitutionnelle est toujours ouverte sur l'avenir et doit toujours faire l'objet d'un examen critique, et même (voire particulièrement) si la Constitution sert de "droit supérieur" pour juger le droit ordinaire et lui imposer un standard de qualité. Il n'est possible d'éviter les dangers de l'idolâtrie qu'en étant d'une parfaite honnêteté – à la fois, à propos des faiblesses de la Constitution et de ses facultés de rédemption » (voir p. 121).

<sup>16</sup> *District of Columbia et al. v. Dick Anthony Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

ractérise toute société démocratique (voir chapitre 8)<sup>17</sup>. C'est parce que nous sommes en désaccord sur les interprétations à donner au texte constitutionnel que notre activité politique importe et se donne pour objectif de faire triompher – seulement temporairement – la solution qui convient au plus grand nombre. Le caractère éphémère des interprétations constitutionnelles – c'est-à-dire la capacité toujours présente de les faire évoluer – est le gage d'une conception démocratique du constitutionnalisme, car la délibération démocratique restera toujours ouverte. L'auteur rejoint dès lors les tenants du constitutionnalisme politique et du constitutionnalisme populaire. Il rejette la distinction entre politique constitutionnelle et politique normale (p. 421 *sqq.*), puisque les constructions constitutionnelles sont le fruit de l'activité politique de tous les jours<sup>18</sup>. En décrivant l'articulation entre les revendications juridiques des groupes politiques et la traduction juridique qui en sera faite par les professionnels du droit (voir p. 122 *sqq.*), Jack Balkin tend à remettre en cause la séparation apparemment trop nette entre le droit et la politique. Il se penche ainsi sur l'une des ambitions fondamentales du constitutionnalisme politique et du constitutionnalisme populaire : celle d'« élargir le cercle des participants au processus de création de normes de rang constitutionnel<sup>19</sup> ».

\*

À l'issue de la lecture de cet ouvrage, le lecteur français pourra être animé par deux sentiments : l'impression d'avoir lu un ouvrage important, et la perplexité sur la possibilité d'en tirer des enseignements dans le cadre français. La théorie de Jack Balkin apparaît, en effet, particulièrement limitée, de l'aveu même de l'auteur, aux États-Unis. Les particularités de la Constitution américaine sont très souvent mises en avant, sur des points centraux de sa théorie : le rôle joué par la *common law*, la longévité de la Constitution de 1787, le nombre réduit des amendements, l'adhésion du peuple à sa Constitution sont autant d'éléments dont il n'est pas sûr qu'ils soient présents dans tous les États. En outre, le lecteur français peu habitué aux lectures américaines pourra être décontenancé par l'utilisation régulière d'un vocabulaire religieux : la « foi », la « fidélité », la « rédemption », le « catéchisme constitutionnel » sont souvent invoqués à l'appui de la démonstration et constituent même, pour certains, des concepts centraux de la théorie de l'auteur. Si cela semble assez courant aux États-Unis, la doctrine française nous paraît moins encline à l'utilisation de ce vocabulaire.

---

<sup>17</sup> L'auteur partage ainsi, sans pour autant le citer, le point de vue de Jeremy Waldron. À ce titre, voir J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

<sup>18</sup> On retrouve cette idée chez Richard Bellamy par exemple. À ce titre, voir R. BELLAMY et J. SCHÖNLAU, « La normalité de la politique constitutionnelle. Analyse de la rédaction de la Charte européenne des droits fondamentaux », *ARP*, n° 49, 2005, p. 85 ; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

<sup>19</sup> A. VLACHOGIANNIS, « Préface », in J. BALKIN, *Le constitutionnalisme américain. Au-delà de la Constitution des origines et de la Constitution vivante*, Paris, Dalloz, 2016, p. 15



Pour autant, cela ne signifie pas que le lecteur français ne puisse pas trouver une utilité à cet ouvrage. D'abord, parce que celui-ci lui apportera une connaissance renouvelée des débats constitutionnels américains, en langue française. Ensuite, parce que cet ouvrage examine des questions majeures du droit constitutionnel, qui se posent dans tous les pays : comment interpréter une constitution ? Comment évolue une constitution écrite ? Quel est le rôle de l'histoire dans l'étude du droit constitutionnel ? Enfin, parce que la théorie du droit ne saurait dissoudre tout argument dans le contexte de son invocation.

**Thibault Carrère**

*Docteur en droit public de l'université de Montpellier, CERCOP.*



Elina Lemaire

Carlos-Miguel PIMENTEL, *La crise du 16 mai 1877*.  
*Édition critique des principaux débats constitutionnels*, Paris, Dalloz, 2017

Existait-il encore des aspects inexplorés de la crise du 16 mai 1877 ? La question n'est nullement rhétorique, tant l'importance de l'événement fait consensus parmi les constitutionnalistes et les historiens. Les monographies sur le sujet sont certes peu nombreuses et relativement anciennes, mais la crise est abondamment analysée et commentée dans les études des historiens de la Troisième République ou du régime parlementaire français et, bien entendu, dans la plupart des manuels de droit constitutionnel.

Le livre publié sous la direction de Carlos-Miguel Pimentel et paru en janvier 2017 chez Dalloz dans la toute récente collection « Droit politique » – qui a vocation à accueillir les textes fondamentaux du droit constitutionnel – est la preuve éclatante que le sujet n'avait nullement été épuisé.

L'ouvrage a pour ambition première de mettre en lumière les débats politiques et parlementaires qui agitèrent les contemporains de la crise et qui étaient, à ce jour, assez largement méconnus. Quelques mots, d'abord, sur son architecture générale. Le livre comporte six parties : il s'ouvre sur une préface – lumineuse, on y reviendra – de Jean-Marie Denquin, qui restitue le contexte historique et politique de cette crise institutionnelle majeure, avant de livrer une interprétation sur ses enjeux et sa portée (p. 9 à 49). Suivent de larges extraits des débats parlementaires, qui forment en réalité le cœur de l'ouvrage, l'ambition de Carlos-Miguel Pimentel<sup>1</sup> ayant principalement été de « rendre la parole » (p. 5) aux acteurs de la crise (p. 51 à 278) – qui, comme souvent en de pareilles circonstances (c'est-à-dire face à un événement majeur et largement étudié), sont trop souvent sollicités sans avoir été lus. La reproduction des débats est suivie de la retranscription d'un très stimulant « séminaire-workshop » de droit politique, ayant rassemblé, en juin 2011 à l'Institut Michel Villey de l'Université Paris II, des chercheurs d'horizons divers (juristes, historiens, politiste) autour du thème « Agir politique et pensée juridique : l'exemple de la crise du 16 mai 1877 » (p. 279 à 331). Pour compléter la lecture des débats, l'éditeur leur a joint les notices biographiques des acteurs les moins connus de la crise (p. 333 à 409), ainsi qu'une chronologie précise et détaillée des événements, accompagnée du relevé des principaux discours qui agitèrent alors la Chambre des députés et le Sénat (p. 415 à 445). L'ouvrage s'achève enfin par une séduisante postface de Carlos-Miguel Pimentel (p. 447 à 483), qui tente de mettre en lumière, à travers une remise en perspective historique de l'épisode du « 16 mai », les « invariants de l'exception constitutionnelle française » (p. 481).

---

<sup>1</sup> Carlos-Miguel Pimentel est professeur de droit public à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines et membre fondateur de la revue *Jus Politicum. Revue de droit politique*.

La grande diversité des documents rassemblés (à la fois des sources primaires et des sources secondaires) et leur richesse ont pour objet de servir la vocation scientifique affichée des éditeurs : donner au lecteur accès aux « clés » d'analyse et de compréhension de l'événement, afin qu'il comprenne notamment pourquoi et comment cette « banale crise gouvernementale tranchée par la dissolution, cas de figure habituel dans les régimes parlementaires de l'époque, a pu se transformer en une crise majeure des institutions » (p. 5), dont les conséquences ont marqué l'histoire constitutionnelle française sur le long terme.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, deux remarques liminaires s'imposent, qui sont indispensables pour éclairer l'exposé qui va suivre. D'une part, il convient de rappeler que le « 16 mai » correspond à la date de la célèbre missive adressée, au printemps 1877, par le président de la République conservateur, le maréchal de Mac Mahon, au président du Conseil républicain, Jules Simon, pour : 1) lui signifier son mécontentement à propos (notamment, car les griefs étaient en réalité nombreux et la crise latente depuis de nombreux mois) de l'attitude passive qu'il avait adoptée à la Chambre lors des débats entourant l'abrogation partielle de la loi sur la presse du 29 décembre 1875 ; et 2) lui demander « une explication » sur sa conduite (p. 71)<sup>2</sup>. D'autre part, il faut rappeler que la dissolution ne fut prononcée qu'un mois plus tard, le 25 juin 1877. Bien que liées et parfois même confondues (notamment dans la tradition républicaine, le « 16 mai » rejoignant rapidement le « 2 décembre » dans le répertoire des dates à jamais exécrées), ces deux initiatives de Mac Mahon (demande d'explication au chef du gouvernement et dissolution de la chambre basse) sont dissociables et doivent être dissociées pour la bonne compréhension de la crise.

La lecture de l'ouvrage débute par une préface, très dense, de Jean-Marie Denquin. Ce texte fera date : il compte, sans aucun doute, parmi les analyses les plus fines de la crise. Après un rappel des principales étapes du 16 mai « le plus long [...] de l'histoire » (p. 10), Jean-Marie Denquin livre, dans la partie la plus stimulante de son texte, une analyse des questions juridiques soulevées par la crise, déclinant successivement, pour ce faire, plusieurs approches (normative, institutionnelle, épistémologique et enfin pragmatique). Sont ainsi discutées, à partir des arguments avancés par les deux camps adverses de l'époque, la nature et la constitutionnalité de « l'acte du 16 mai », c'est-à-dire de « l'éviction » du président du Conseil par le président de la République, puis la licéité de la dissolution.

S'agissant d'abord de « l'acte du 16 mai », observons que la terminologie choisie est, au premier abord, plutôt déroutante ; on s'apercevra, à la lecture des débats, qu'elle n'est pas due au préfacier mais qu'elle fut unanimement adoptée par les acteurs de la crise, républicains ou conservateurs. Le juriste contemporain serait d'ailleurs bien en peine de procéder à l'opération de qualification juridique de cet « acte ». Quant à son objet, on peut légitimement considérer qu'il ne s'agissait pas d'une *décision* de révocation :

---

<sup>2</sup> Pour compléter la lecture de ce texte laconique, il faut lire le message présidentiel du 18 mai 1877, dans lequel le Maréchal fait « l'exposé sincère des motifs » qui l'ont conduit à « [s]e séparer du ministère » présidé par Jules Simon (p. 83 sq.) et décrète l'ajournement des Chambres.

malgré la formulation alambiquée du message présidentiel, Mac Mahon se contentait de signaler à Jules Simon un désaccord politique et de lui demander « une explication ». On peut d'ailleurs à cet égard penser que la lettre du 16 mai n'aurait sans doute jamais été interprétée comme une révocation si le président du Conseil n'avait pas, sur le champ, présenté sa démission<sup>3</sup>. Mais plus fondamentalement, c'est la normativité même de cet « acte » qui pose question. La lettre du 16 mai peut-elle être considérée comme un acte juridique, c'est-à-dire comme une manifestation de la volonté *destinée à produire des effets de droit* ? Le doute est permis. En effet, elle ne fut pas contresignée – alors que l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 imposait le contreseing ministériel pour « chacun des actes du président de la République ». Est-ce cette absence de contreseing qui explique (fait tout à fait remarquable) que la lettre ait été publiée dans la partie « Non officielle » du *Journal Officiel* ? Lisons, sur ce sujet, la déclaration de Laboulaye (qui fut le seul contemporain à évoquer publiquement le problème) : « Au début de toute cette affaire, je rencontre une lettre qui n'est pas contresignée. Eh bien, messieurs, [...] M. le maréchal de Mac Mahon a le droit d'écrire toutes les lettres qu'il lui conviendra d'écrire, mais M. le président de la République ne peut pas écrire une lettre destinée à la publicité, si cette lettre n'est pas revêtue d'un contreseing [...] et par conséquent, cette lettre, politiquement, n'existe pas » (p. 228).

À partir de ces éléments de fait et de droit, Jean-Marie Denquin soulève une série d'interrogations auxquelles il tente de répondre prudemment, afin d'éviter, comme il l'écrit, le piège des illusions rétrospectives (p. 34), « car ce qui a été ne doit pas masquer l'essentielle contingence de ce qui pouvait être » (p. 45). Pourquoi, par exemple, Jules Simon n'a-t-il pas invoqué l'argument de l'inexistence juridique de « l'acte » pour se maintenir (au moins de façon provisoire) au pouvoir ? Au terme de son analyse, le préfacier suggère : « Mac Mahon a placé Jules Simon dans une situation où celui-ci ne devait pas en droit donner sa démission mais où il pouvait le faire et, en fait, ne pouvait pas ne pas le faire pour des raisons qui relèvent moins du droit que de la psychologie, de la culture, et de la conjoncture politiques » (p. 36).

Comme celle de sa nature exacte, la question de la licéité de l'« acte du 16 mai » est fort délicate à trancher. Comme l'expliquait Denis Baranger dans le cadre du « séminaire-workshop » précité, les lois constitutionnelles de 1875 « étai[ent] porteuse[s] [de plusieurs] régime[s], au sens de modes d'action politique rendus possibles par une certaine constitution » ; et c'est bien pourquoi on peut considérer que « les deux camps [avaient] raison de dire, comme très souvent dans des crises de régime importantes, qu'ils [avaient] en poche une version tout à fait viable de la constitution » (p. 294-295). Autrement dit, il n'y avait guère, dans la façon d'agir du Maréchal-Président, de « flagrante inconstitutionnalité » (p. 295).

Dans ces circonstances, l'hypothèse avancée par Jean-Marie Denquin quant à la constitutionnalité de « l'acte » est tout en retenue : « Mac Mahon

---

<sup>3</sup> Contraignant (peut-être ?) le Maréchal à expliquer rétrospectivement qu'il avait « dû [s]e séparer » du cabinet (18 mai, p. 83).

n'a certes pas *révoqué* le président du Conseil. Il ne pouvait le faire – aucune disposition constitutionnelle ne lui en donnait le pouvoir<sup>4</sup>. [...] La réciproque, toutefois, n'est pas moins vraie : c'est parce qu'il ne l'a pas fait qu'il ne pouvait pas le faire. En effet, si Mac-Mahon avait gagné les élections, il *aurait pu* l'avoir fait parce qu'il *l'avait fait*. [...] tous les présidents du Conseil se seraient donc trouvés, coutumièrement, dans la même obligation et tous les présidents de la République auraient joui *en fait* d'un pouvoir de révocation dont ils ne disposaient pas *en droit*, entendons selon *la lettre*<sup>5</sup> des textes » (p. 37), tant il est vrai que l'histoire, et singulièrement l'histoire constitutionnelle, « est écrite par les vainqueurs » (p. 40). Dit autrement (et forcément moins bien), l'interprétation républicaine de la Constitution devait *faire droit*, parce que les républicains sont sortis *politiquement victorieux* de ce conflit institutionnel. On ne peut rêver meilleur exemple pour illustrer la célèbre apostrophe essuyée par Jean Foyer à l'Assemblée nationale en octobre 1981<sup>6</sup> : à l'issue des élections de l'automne 1877, il sera rétrospectivement possible de prétendre que les conservateurs avaient juridiquement tort parce qu'ils étaient, dans la Chambre de l'après-dissolution, politiquement minoritaires.

Concernant la seconde initiative de Mac Mahon au cours de ce printemps troublé de 1877 (à savoir la dissolution), les choses sont en apparence plus simples. L'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février habilitait le président de la République à dissoudre la Chambre des députés, sur l'avis conforme du Sénat. Dans ces circonstances, remarque Jean-Marie Denquin, ce « qui doit être expliqué n'est pas que Mac Mahon se soit jugé en droit de dissoudre la Chambre mais qu'il ait été possible de soutenir le contraire » (p. 39). Pour le comprendre, il est nécessaire, avec les républicains de 1877, « d'admettre qu'une disposition constitutionnelle explicite puisse être écartée au nom d'une interprétation politique » (p. 40).

Qu'est-ce à dire, précisément ? Qu'il est indispensable, comme le clamait le député Bérenger, de « servir *républicainement*<sup>7</sup> une Constitution républicaine » (p. 211) ; qu'il existerait un « principe transcendant qui précède les textes » (p. 44), à savoir, selon l'expression unanimement adoptée par les hommes de gauche de l'époque, le principe du « gouvernement parlementaire » – qu'il faut ici naturellement comprendre comme celui de la « souveraineté parlementaire<sup>8</sup> », la chambre basse incarnant, *se confondant* même avec la nation dans le système de représentations républicain.

---

<sup>4</sup> Précisons – ce point est aujourd'hui largement perdu de vue – que les lois de 1875 n'habilitaient pas plus le président de la République à *nommer* les membres du gouvernement qu'à les révoquer.

<sup>5</sup> Tous les passages soulignés le sont dans le texte.

<sup>6</sup> Séance du 13 octobre 1981, <http://archives.assemblee-nationale.fr/7/cri/1981-1982-ordinaire1/015.pdf>, p. 1730.

<sup>7</sup> Nous soulignons.

<sup>8</sup> Selon l'expression bien connue de CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, p. 21.

C'est ainsi à la lumière de ce « principe politique » qui, dirait Pierre Avril, « commande l'application du texte<sup>9</sup> » qu'il fallait, aux yeux des républicains, interpréter les dispositions des lois constitutionnelles de 1875 – quitte, parfois, à les annihiler. C'est d'ailleurs uniquement à la lumière de ce « droit naturel républicain » (selon l'expression percutante du préfacier, p. 44) qu'il est possible de comprendre nombre de prétentions des acteurs républicains de la crise – tels Gambetta, fustigeant les ministres « dévoués serviteurs de la politique du 16 mai [et] ennemis jurés de la Constitution » (p. 112), ou encore Eugène Spuller, déclarant que le président de la République avait certes « us[é] de son droit constitutionnel, mais agi en dehors des règles les plus certaines du gouvernement parlementaire » (p. 252). Autant dire, comme le fait malicieusement Jean-Marie Denquin, que pour les républicains, « le temps de la sacralisation de la Constitution n'[était] manifestement pas encore venu » (p. 40).

À ce principe non écrit et « indérogeable » qui, du point de vue de l'économie des institutions, signifiait « la délégation de la souveraineté nationale à une assemblée unique » et le confinement de l'exécutif dans le rôle de « l'exécutif pur et simple des volontés du pouvoir délibérant » (Auguste Paris, p. 132), les conservateurs de 1877 opposaient des arguments de texte. Ainsi précisément de Paris, qui était membre du cabinet conservateur de Broglie constitué le lendemain du 16 mai et qui, exposant les nombreuses attributions du chef de l'État, déclarait que ce dernier avait « nécessairement une part dans la direction des affaires. Il n'est pas réduit, je suppose, au rôle d'un simple fonctionnaire chargé d'apposer des signatures sur les actes que lui présentent ses ministres » (p. 133). Ainsi de Broglie lui-même qui, détaillant les compétences présidentielles, cherchait à démontrer que le président n'est pas « un exécutif passif et aveugle des volontés de [la] majorité » parlementaire (p. 193). Ces deux interventions de Paris et Broglie, respectivement à la Chambre des députés le 19 juin (p. 128 *sqq.*) et au Sénat le 21 juin (p. 192 *sqq.*), résument parfaitement les arguments des conservateurs. Nul besoin d'être un juriste « fétichiste » du texte (ni même d'invalider l'interprétation républicaine de la Constitution) pour y être sensible ; mais n'oublions pas que les hommes de l'époque faisaient de la politique, et non du droit.

Inévitablement, entre les partisans de ces deux interprétations inconciliables de la Constitution qui révèlent, bien plus qu'une simple crise constitutionnelle, « une crise de régime, une crise sur le régime » (Denis Baranger, p. 294), les débats tournent court, quand ils ne s'apparentent pas à un véritable dialogue de sourds : à l'adroite (mais vaine) argumentation exposée par Paris le 19 juin devant les députés, Jules Ferry répond que « le régime constitutionnel véritablement extraordinaire » décrit par le « parti » conservateur « n'a du constitutionnalisme que l'apparence, [et] du parlementarisme que le mensonge » (p. 137). Il aurait en effet pour conséquence inexorable de substituer le règne de la force à celui du droit (« sommes-nous sous l'épée d'un maréchal de France ou sous le régime des lois ? » (p. 138)) en instaurant la « Constitution de gouvernement person-

---

<sup>9</sup> P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, p. 29.

nel » en lieu et place de la « Constitution de gouvernement parlementaire » (p. 138).

Ce rejet du « pouvoir personnel » (c'est-à-dire individuel, et comme tel opposé au pouvoir « collectif » (p. 44) des assemblées parlementaires) devait durablement imprégner le discours républicain<sup>10</sup>, la ligne de partage entre les partisans de ces deux « modes » d'exercice du pouvoir se déplaçant simplement, le temps passant, vers la gauche de l'échiquier politique. C'est ainsi que, quelques années à peine après la crise de 1877, le spectre du « gouvernement personnel » fut agité contre certains des protagonistes du 16 mai ralliés à l'opportunisme qui souhaitaient consolider l'autorité gouvernementale : à l'encontre par exemple de Gambetta qui, en 1882 et après soixante-quatorze jours (moins de trois mois) à la tête du gouvernement, dut renoncer à son ambition d'instaurer un parlementarisme à *leadership* ministériel ; à l'encontre également de Jules Ferry, s'attirant en 1884 les foudres de l'extrême gauche alors qu'il défendait, dans le cadre des débats entourant la révision des lois constitutionnelles, la préservation du droit de dissolution – dissolution dont il prétendait alors qu'elle pouvait, contrairement à celle de 1877, être « loyale<sup>11</sup> »...

La préface est si riche d'enseignements que l'on pourrait refermer le livre à l'issue de la lecture de ces quarante premières pages, en ayant déjà beaucoup appris. Mais il serait dommage de s'arrêter en si bon chemin : d'ailleurs, les quelques extraits des débats ici reproduits ont sans doute mis notre lecteur en appétit.

Le recueil des débats constitutionnels rassemblés par Carlos-Miguel Pimentel s'ouvre par le procès-verbal de la séance du 4 mai 1877 à la Chambre des députés ; il s'achève par le texte du message de remerciements adressé aux sénateurs par Jules Grévy, tout juste élu à la magistrature suprême, le 6 février 1879 – dont un célèbre passage fut baptisé par la postérité « Constitution Grévy ». La lecture de ces débats est utilement éclairée par un solide appareil de notes, principalement rédigé par Samuel Sanchez<sup>12</sup>, et par les regards croisés des participants au « séminaire-workshop » de droit politique, dont on trouvera la transcription des stimulants échanges à partir de la page 279 du livre.

Malgré la logique prédominance quantitative des débats parlementaires parmi les textes édités, ces derniers sont en vérité divers : on découvre (ou redécouvre) ainsi les (nombreux) messages, proclamations et autres déclarations-manifestes publiés pendant la crise par le maréchal de Mac Mahon, des discours prononcés en dehors des enceintes parlementaires par les principaux acteurs de la crise (ceux de Gambetta, notamment), mais aussi des manifestes ou déclarations de groupes parlementaires de la Chambre et du Sénat – preuve de leur importance institutionnelle à une époque où leur

---

<sup>10</sup> Pour les raisons évoquées notamment par Nicolas Roussellier dans la première partie de son beau livre *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France XIX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles*, Paris, Gallimard, 2015, 827 p.

<sup>11</sup> *Journal Officiel. Débats parlementaires. Chambre des députés*, séance du 3 juillet 1884, p. 1565.

<sup>12</sup> Samuel Sanchez est maître de conférences en histoire du droit à l'Université de Nantes.



existence n'était pas encore reconnue par le droit écrit. Aux mauvais esprits qui objecteraient que tous les débats parlementaires de la Troisième République sont désormais disponibles sur la base Gallica de la Bibliothèque nationale de France<sup>13</sup>, on rétorquera que l'un des mérites du livre est de faire le tri dans la masse immense des documents produits par les contemporains et les acteurs de la crise du 16 mai. Ce matériau, dense malgré la sélection opérée par les éditeurs<sup>14</sup>, permet de mettre en lumière certains aspects de l'épisode habituellement négligés par l'historiographie constitutionnelle classique du 16 mai. Ainsi de la question, absolument centrale dans les débats, de la responsabilité du chef de l'État – à laquelle Carlos-Miguel Pimentel a d'ailleurs choisi de consacrer sa postface.

Chacun connaît la célèbre prétention énoncée par Mac Mahon dans sa lettre du 16 mai à Jules Simon : « si je ne suis pas responsable comme vous envers le Parlement, j'ai une responsabilité envers la France » (p. 71). En revanche, il est moins connu que la question de la responsabilité du président de la République a vivement agité les contemporains de la crise, et largement occupé leurs débats. La crise du 16 mai est en effet principalement convoquée (parmi d'autres éléments) pour expliquer la pratique spécifiquement française du régime parlementaire sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques. Dans cette perspective, ce sont surtout les conséquences institutionnelles de l'épisode qui sont explorées, à savoir « la ruine d'une doctrine constitutionnelle<sup>15</sup> » – en l'occurrence le parlementarisme dualiste – et le discrédit du droit de dissolution. Dans ces deux aspects, la responsabilité politique du chef de l'État ne semble pas directement en cause.

Dans sa postface, Carlos-Miguel Pimentel choisit de s'atteler à l'étude de cet « angle-mort » des débats de 1877, en explorant le problème de la responsabilité du chef de l'État qui a été assez largement occulté par la postérité. Parcourant l'histoire constitutionnelle française depuis la Révolution jusqu'à l'avènement de la République gaullienne, il cherche à vérifier une hypothèse audacieuse : et si la question de la responsabilité politique du

---

<sup>13</sup> Depuis presque trente ans, la Bibliothèque nationale de France a entrepris un vaste chantier de numérisation de ses collections. Concernant les débats parlementaires de la III<sup>e</sup> République, ils sont depuis peu accessibles sur le portail Gallica, à l'adresse <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb328020909/date.r=Journal+officiel+de+la+R%C3%A9publique+fran%C3%A7aise.langFR> (débats de la période 1870-1880, publiés dans la série unique du *Journal Officiel*). À partir de 1881, les débats parlementaires feront l'objet de deux éditions distinctes (une pour la Chambre des députés, une autre pour le Sénat) dans la série « Débats parlementaires » du *Journal Officiel*. Ces documents sont également accessibles en intégralité sur Gallica.

<sup>14</sup> Le livre contient simplement des *extraits* des débats parlementaires ; le contenu intégral de ces débats peut être consulté sur le site Internet de l'Encyclopédie de droit politique, à l'adresse : <http://droitpolitique.com/theme/18/1877-1879-la-crise-du-16-mai-et-la-constitution-grevy> (l'adresse citée p. 51 de l'ouvrage n'est, semble-t-il, plus valide). Sur le même site, on trouvera le podcast et la transcription des débats d'un autre séminaire de droit politique, consacré au « Droit constitutionnel non écrit », qui complète utilement la lecture de l'ouvrage ici recensé, avec notamment une réflexion nourrie sur « l'objet » « Constitution Grévy » (<http://droitpolitique.com/publications/seminaire/22/seminaire-2-le-droit-constitutionnel-non-ecrit>).

<sup>15</sup> R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Textes réunis et présentés par O. Beaud, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 315.

chef de l'État était « une clé des spécificités constitutionnelles françaises, voire de ce qu'on pourrait appeler *l'exception constitutionnelle française*<sup>16</sup> » (p. 460) ? L'auteur s'efforce de démontrer – et son propos est persuasif – que la plupart des crises de régime que la France a connues depuis l'effondrement de l'Ancien Régime se sont soldées par la mise en jeu de la responsabilité du chef de l'État devant le peuple. Bien loin de constituer un épisode exceptionnel dans l'histoire constitutionnelle française, l'affirmation par Mac Mahon de sa responsabilité devant la France et l'appel au peuple pour trancher le différend qui l'opposait alors à la Chambre des députés (« Le 16 mai dernier, j'ai dû déclarer au pays quel dissentiment existait entre la Chambre des députés et moi » (p. 89)) ne serait au fond que l'un des actes de la pièce périodiquement rejouée devant les Français, à la fois spectateurs et arbitres en dernier ressort d'un antagonisme indépassable entre le chef de l'État et les assemblées parlementaires. Malgré le changement de protagonistes et l'évolution du contexte politique, ces affrontements régulièrement répétés seraient, à l'image du 16 mai, l'occasion de la résurgence des « invariants profonds de notre histoire constitutionnelle », dont Carlos-Miguel Pimentel livre une liste précise et détaillée : « responsabilité directe du chef de l'État devant le peuple, division des candidatures pour ou contre lui, nature fondamentale de l'enjeu » et enfin, « dans un contexte de péril vital pour nos institutions », « portée constituante » du vote (p. 472 et 481 *sq.*).

Dans cette résurgence périodique de la responsabilité politique du chef de l'État devant le peuple et par-delà la grande variété de structures constitutionnelles que la France a connues depuis 1789, Carlos-Miguel Pimentel croit pouvoir déceler la « spécificité » de l'histoire constitutionnelle française. Cette forme de continuité historique s'expliquerait principalement, selon lui, par les fractures de la Révolution française et notamment par le « traumatisme fondateur » que représenta le procès de Louis XVI (p. 473).

Après avoir « renoué la chaîne des temps » constitutionnels de 1830 à 1962 (en passant par 1851 et 1877), Carlos-Miguel Pimentel identifie ainsi le procès royal comme « matrice originelle des crises constitutionnelles françaises » (p. 474). La condamnation et la mise à mort du roi par la Convention en 1793 n'aurait pas simplement nourri sur la longue durée l'hostilité à l'égard des assemblées parlementaires ; plus fondamentalement, elle aurait alimenté, sur le long terme, le profond antagonisme entre le chef de l'État et les parlementaires qui, comme en 1877, resurgirait périodiquement pour être tranché, non plus par la guillotine, mais par le peuple.

La démonstration ne manque pas d'intérêt et elle est fort séduisante, mais elle ne convainc pas toujours. Ainsi, nous n'avons pas pleinement adhéré à la comparaison – tout en nuance, il est vrai – entre le Second Empire et la V<sup>e</sup> République gaullienne. Par ailleurs, le quatrième « invariant » de « l'exception constitutionnelle française », à savoir la « portée constituante que revêt la solution de la crise » (p. 482), pourrait être discuté, s'agissant précisément de l'épisode du 16 mai. La nature du régime était alors évidemment en cause, et le résultat des élections devait incontestablement pe-

---

<sup>16</sup> Souligné dans le texte.

ser lourd sur la pratique future des institutions. Mais ce n'est pas, sauf erreur de notre part, ce à quoi songe Carlos-Miguel Pimentel lorsqu'il évoque « la portée constituante que revêt la solution de la crise », le quatrième « invariant » s'illustrant, une fois la crise résolue et à plus ou moins brève échéance, par une manifestation expresse de la volonté du pouvoir constituant dans le but de fonder un ordre constitutionnel nouveau ou d'opérer une révision formelle de la Constitution. Or, on pourrait considérer que les conservateurs qui en 1877 n'avaient pas de véritable projet politique (p. 307) ne songeaient pas, lorsqu'ils ont provoqué la crise, à s'aventurer dans cette voie constituante.

Mais l'essentiel est ailleurs : rappelons que l'ambition des éditeurs était d'exhumer des documents difficiles d'accès et d'en livrer des clés de lecture, de façon à permettre à chaque lecteur d'être « en mesure de se forger sa propre conviction » (p. 5). Au-delà des quelques divergences d'interprétation et grâce à ce très beau livre, le pari est pleinement réussi.

**Elina Lemaire**

*Maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne-Franche-Comté, CREDESPO, Institut Michel Villey.*



Pierre-Henri Prélot

**Guillaume Richard, *Enseigner le droit public*  
à Paris sous la Troisième République, Paris, Dalloz, 2015**

Dans l'introduction de son ouvrage consacré à *L'idée républicaine en France*, Claude Nicolet pouvait affirmer, c'était en 1982, que « l'histoire sociale et politique de la pensée juridique française – ou même, tout bonnement, celle des facultés de droit – n'est pratiquement pas écrite, pas plus que celle de l'économie politique<sup>1</sup> ». Ce désintérêt des juristes pour leur histoire et pour eux-mêmes, comme si leur existence immémoriale devait les dispenser de tout regard introspectif, a fort heureusement pris fin. L'appel de Claude Nicolet a manifestement été entendu, puisque dès 1983 était fondée la Société pour l'histoire des Facultés de droit, à l'origine immédiate de la *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, publication annuelle ininterrompue depuis lors. Les thèses et les articles consacrés à l'histoire des Facultés de droit se sont multipliés par la suite, également stimulés de l'extérieur de la sphère par les travaux de Pierre Bourdieu et de Christophe Charle. Par la quantité des informations rapportées de première main, à l'issue d'un impressionnant travail de compilation d'archives, comme par la richesse et la finesse de la réflexion, la thèse de Guillaume Richard constitue une contribution majeure à cette histoire en cours des facultés de droit et du savoir juridique.

Partant du constat actuel de l'« affaiblissement institutionnel » (p. 5) de la division entre droit public et droit privé que la réforme de 1954 avait en quelque sorte canonisée, et qui résulte notamment de la montée en puissance du contentieux constitutionnel, Guillaume Richard a choisi de remonter aux origines de cette fameuse *summa divisio*, afin de comprendre comment, sous la Troisième République, s'est construit progressivement ce corpus disciplinaire nouveau, constitué de matières hétéroclites, qui va devenir le droit public au sens où on l'entend aujourd'hui<sup>2</sup>. Ainsi que le titre de la thèse l'indique, le choix a été fait de privilégier pour l'étude l'enseignement du droit par les professeurs, tels que nous le révèlent les cours dactylographiés disponibles, les plans de cours ou encore les sujets de thèse traités tout au long de la période de référence que constitue la Troisième République. Le choix délibéré qui a été fait de congédier la doctrine publiciste proprement dite contrarie de prime abord la *doxa* d'une définition purement rationnelle et scientifique du droit public, mais la réalité d'une construction empirique résultant de l'apparition de matières nouvelles plus ou moins imposées par

---

<sup>1</sup> Claude NICOLET, *L'idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1994, p. 37.

<sup>2</sup> Significativement, l'intitulé même de droit public est au départ très imprécis et varie selon les professeurs : droit public, sciences politiques, sciences politiques et économiques, sciences sociales, droit politique (p. 250). La locution « droit public », qui s'impose définitivement avec le sectionnement de l'agrégation et la création de l'agrégation de droit public, ne désigne alors qu'une « notion faible » (p. 243).

les circonstances, et façonnée par le contenu que les professeurs de droit choisissaient de donner à leur cours, finit par s'imposer comme une évidence à la lecture de la thèse.

En choisissant pour objet de son étude la seule Faculté de droit de Paris, Guillaume Richard prenait le risque de réciter une nouvelle fois l'antienne d'une faculté parisienne républicaine et progressiste, fer de lance des réformes ministérielles, avec en contrepoint des facultés de droit provinciales figées dans leur immobilisme. Sans nier le conservatisme intrinsèque des facultés de province, il relativise cette opposition, en soulignant que la volonté réformatrice du ministère visait avant tout à développer les formations administratives qui lui étaient indispensables pour assurer le recrutement des élites, bien plus qu'à diffuser avec le soutien des professeurs parisiens la doctrine nouvelle de l'État contre laquelle les facultés provinciales se seraient dressées<sup>3</sup>. Car c'est bel et bien à Paris que tout se joue à l'époque, et pas dans les villes de province. Ainsi que Gu. Richard le dit, « en s'appuyant sur la faculté parisienne et en n'étendant la réforme que contraint et forcé par la réaction des facultés de province, le ministère poursuit un autre objectif : celui de développer les formations administratives et ce avant tout à Paris. Les implications politiques ne sont pas absentes, mais cherchent à renforcer le recrutement de l'élite administrative plus qu'à promouvoir une idéologie républicaine » (p. 150). Outre que la Faculté de droit de Paris accueille alors plus de 50 % des étudiants de France et que l'élite administrative est concentrée dans la capitale, c'est également à Paris qu'émerge dans les années 1870 la concurrence – réelle et forte – de l'École libre des sciences politiques, et celle – demeurée virtuelle – de l'Institut catholique de la rue d'Assas, qui vont la pousser à se réformer. On comprend, compte tenu de cette situation très particulière, que la Faculté de droit de Paris ait été choisie comme objet de l'étude, car c'est là que sont réunis tous les ingrédients qui vont déterminer l'invention du droit public.

Ainsi que l'explique Guillaume Richard (p. 28), qui en fait à juste titre le fil conducteur de sa thèse, le mouvement de transformation de l'enseignement s'inscrit « dans deux histoires qui se mêlent au début de la Troisième République », et qui vont installer le droit public dans une situation de tension permanente, qui façonne aujourd'hui encore l'identité incertaine des publicistes. Il s'agit tout à la fois d'étendre la formation professionnelle des facultés de droit, au-delà du traditionnel public des magistrats et des avocats, aux administrateurs et aux politiques, et de fonder une science du droit ne reposant pas sur le seul droit privé, mais qui fasse également appel au savoir issu des sciences humaines et sociales, en particulier l'histoire et la sociologie<sup>4</sup> – le tout, sans remettre en cause l'unité du droit.

---

<sup>3</sup> Pour un point de vue différent, voir Guillaume SACRISTE, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2011 Voir également notre commentaire de sa thèse : *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 38, 2013, p. 404-414.

<sup>4</sup> Cette tension originale est refoulée tant bien que mal par un leitmotiv qui n'a rien perdu de son actualité : « La position constante des professeurs de la faculté de droit sur la fonction de leur enseignement est simple et se résume à un bref argument : l'enseignement est scientifique, le diplôme est professionnel » (p. 188).

La concurrence de la toute nouvelle École libre des sciences politiques, que ce soit sur le plan scientifique ou sur celui de la formation des élites administratives, a bien évidemment joué un rôle d'aiguillon.

La thèse de Guillaume Richard comprend 832 pages à l'écriture très serrée. Elle est complétée par 47 pages d'annexes<sup>5</sup> et 70 pages consacrées aux sources et à la bibliographie. Elle est construite en deux parties intitulées respectivement « Implanter le droit public à Paris » (p. 27-392) et « Façonner le droit public de Paris ? » (p. 393-824). Chacune de ces parties comprend trois chapitres<sup>6</sup>. On peut mesurer, dans la première partie de la thèse, le rôle déterminant joué par la Faculté de droit de Paris dans la réforme des diplômes juridiques nationaux<sup>7</sup>, qui, comme le souligne Guillaume Richard, « permet la progression sensible du droit public » (p. 133). Chacune des étapes de cette réforme<sup>8</sup> fait l'objet de discussions passionnées et parfois même confuses dans l'assemblée des professeurs. « Souvent, explique Guillaume Richard, le ministère ne fixe que l'objectif, centré sur le renforcement scientifique des facultés de droit, mais laisse l'initiative du contenu des réformes aux professeurs eux-mêmes ». Cette attitude libérale du ministère, cohérente avec l'idée que les républicains se font de l'université, à la fois décentralisée et scientifiquement autonome, permet à la Faculté de droit de Paris de jouer un rôle de premier plan. Conséquence induite de toutes ces réformes, la création de matières nouvelles entraîne l'émergence d'un corps de spécialistes parisiens du droit public (Partie I, Chap. III). Ici encore, la constitution de ce corps aux contours et à l'intitulé indéterminés, et qui se définit négativement par son opposition au droit privé au sein de la faculté de droit<sup>9</sup>, s'opère au départ de façon très empirique, en l'absence d'un contenu homogène ou d'un corps de doctrine stable<sup>10</sup> permettant de définir ou, à défaut, de décrire précisément ce qu'est le droit public. Les choses devien-

---

<sup>5</sup> Le tableau des annexes comprend en particulier le tableau de tous les enseignants de licence et de doctorat de 1870 à 1940 ainsi que la liste des titulaires de chaire.

<sup>6</sup> Partie I :

Chapitre I) La Faculté de droit de Paris, laboratoire des réformes ou pôle conservateur du champ académique parisien ?

Chapitre II) Le rôle de premier plan de la Faculté de droit de Paris dans la réforme des diplômes juridiques nationaux

Chapitre III) La constitution d'un corps de spécialistes parisiens de droit public

Partie II :

Chapitre I) Inscrire le droit public dans les formes de l'enseignement juridique

Chapitre II) Juridiciser le droit public ?

Chapitre III) Promouvoir le droit public

<sup>7</sup> Partie I, Chapitre II.

<sup>8</sup> Réforme de la licence en 1889 introduisant des enseignements de droit public dans toutes les années, création du doctorat de sciences politiques et économiques en 1895, sectionnement de l'agrégation entraînant la création d'une agrégation de droit public en 1896.

<sup>9</sup> « Blason ou signe de reconnaissance, le terme reste surtout utilisé de manière négative, pour définir, voire constituer une relation d'opposition au droit privé » (p. 303).

<sup>10</sup> Guillaume Richard souligne notamment (voir « L'introuvable droit public général », p. 287 *sq.*) l'échec du cours de « Droit public général » créé à l'initiative de Léon Bourgeois et pris en charge par Larnaude, et dont la fonction initiale était précisément de donner sa cohérence conceptuelle à la discipline.

dront plus simples avec la création en 1896 de l'agrégation de droit public. Dorénavant, est professeur de droit public celui que le concours a agrégé comme tel. Geouffre de Lapradelle devient ainsi le premier professeur dûment estampillé publiciste nommé à Paris, en 1907, suivi peu de temps après par Gaston Jèze (p. 307)<sup>11</sup>.

La seconde partie de la thèse est formulée sous la forme interrogative : « Façonner le droit public de Paris ? ». Elle est en large part consacrée à l'analyse du contenu des cours de droit public dispensés à la Faculté de droit sous la Troisième République. L'enjeu majeur pour les professeurs qui enseignent le droit public est de légitimer leur discipline constituée principalement de savoirs nouveaux, ce qui implique de l'inscrire « dans les formes de l'enseignement juridique » et plus encore de le « juridiciser<sup>12</sup> » dans sa substance. La disparition définitive, en 1885, de tout contrôle ministériel du contenu des cours laisse à ces derniers une importante marge de manœuvre, et l'on peut suivre, dans cette seconde partie, l'évolution de disciplines telles que le droit administratif et le droit international public, qui connaissent « le mouvement de juridicisation le plus abouti », et qui vont devenir de ce fait les matières phares du droit public, ou encore le droit constitutionnel et les finances publiques, qui apparaissent au contraire comme des parents pauvres parce que constitués de « savoirs hétérogènes ». L'analyse du plan des cours permet à Guillaume Richard de dégager pour chacune de ces matières des « types » de professeurs<sup>13</sup>, ressuscitant un certain nombre de figures alors renommées mais aujourd'hui largement oubliées, ce qui permet de mesurer à quel point la nomination à Paris, couronnement de la carrière académique, peut-être en même temps synonyme de dispersion (l'auteur parle pudiquement (p. 815) de « multipositionnalité »), entre répétition des enseignements (à l'ELSP notamment), sessions d'examen<sup>14</sup>, encadrement des thèses, déplacements à l'étranger, activités de représentation ou de conseil, ou encore engagement en politique. On comprend mieux, dans de telles conditions, pourquoi c'est à Bordeaux, à Toulouse ou encore à Strasbourg que le droit public a choisi de façonner sa doctrine, plutôt qu'à Paris.

Dans un dernier chapitre intitulé « Promouvoir le droit public », Guillaume Richard s'interroge sur les raisons qui ont permis d'assurer son succès de long terme, attesté par l'intérêt croissant que lui portent les étudiants<sup>15</sup>. Son hypothèse est que le droit public est « un droit du consensus social » (p. 693 *sqq.*). Reprenant notamment les conclusions de Christophe Charle soulignant le moindre engagement des professeurs de droit au mo-

---

<sup>11</sup> Jusqu'à 1940, ce sont douze professeurs de droit public qui sont nommés (p. 323).

<sup>12</sup> Voir les chapitres I et II de la 2<sup>e</sup> partie, respectivement intitulés « Inscire le droit public dans les formes de l'enseignement juridique », et « Juridiciser le droit public ? ».

<sup>13</sup> Type « Jèze », « Mestre », « Ducrocq », « Laferrière », « Renault », « Le Fur », « Chavegrin », « Gidel ».

<sup>14</sup> Christophe Charle souligne la part exorbitante des examens dans l'activité des universitaires parisiens sous la Troisième République. Voir *La République des universitaires, 1870-1940*, Paris, Seuil, 1994, particulièrement le chapitre 9, L'université impossible.

<sup>15</sup> Et que ne manquent pas de dénoncer certains collègues privatistes qui allèguent la plus grande facilité des examens.



ment de l'affaire Dreyfus et l'« idéal unanimiste » de ces derniers<sup>16</sup>, il suggère qu'au départ tout au moins le discours juridique est « porteur de valeurs positives véhiculées notamment par l'enseignement ; il traduit un consensus sur les valeurs, dominant la Faculté au moins jusqu'à la première guerre mondiale » (p. 702). Avec la diffusion de plus en plus large des idées socialistes, ce consensus va progressivement s'éroder, et de vives oppositions vont se faire jour entre les deux guerres, matérialisées par quelques « affaires » célèbres. Mais quoiqu'il en soit de leurs convictions et de leurs divergences, qu'ils n'hésitent pas à exprimer publiquement, les professeurs de droit restent dans l'ensemble attachés à la liberté académique et au pluralisme de l'Université qui leur permet de préserver leur unité corporative.

Mais c'est surtout la Première Guerre mondiale qui « apparaît comme le moment principal de mobilisation politique du droit public » (p. 714). Pour les professeurs massivement investis dans « la défense du droit contre la force », la question de la réparation des dommages de guerre par l'État les conduit à défendre le droit public comme l'expression du droit social, c'est-à-dire un droit au service non pas de l'individu mais de la société tout entière. Cette question de la réparation des dommages de guerre est aujourd'hui largement perdue de vue, mais elle a fait l'objet à l'époque d'un débat considérable, et l'on suit volontiers Guillaume Richard lorsqu'il explique l'importance générique de ce débat du point de vue de la compréhension du droit public en tant que droit de solidarité sociale. Cette opposition idéologique entre la conception d'un droit privé individualiste et celle d'un droit public social et collectif va se prolonger en effet bien au-delà du débat historiquement daté sur la réparation des dommages de la guerre.

La thèse se termine par une réflexion sur l'« influence limitée des professeurs parisiens », suggérant qu'il s'agit d'un problème « mal posé », notamment parce qu'un tel jugement procéderait d'un anachronisme<sup>17</sup>. On lira avec intérêt ces développements, qui viennent expliciter la démarche adoptée tout au long de la thèse, et notamment le choix qui a été fait de privilégier dans l'étude l'enseignement du droit public, afin d'en faire ressortir la dimension dynamique. Alors que la volonté de formalisation théorique favorise la stabilité voire l'immobilité des contenus disciplinaires, la souplesse plus grande du discours pédagogique « contribue au contraire au renouvellement permanent du discours juridique » (p. 823). C'est là tout le point de

---

<sup>16</sup> Christophe CHARLE, *La République des universitaires 1870-1940*, Paris, Seuil, 1994. Voir en particulier p. 243-288 et 297-300.

<sup>17</sup> « Du point de vue de l'analyse historique, peut-on porter un tel jugement rétrospectif, qui évalue des avancées ou des reculs scientifiques qui ne sont pas forcément perçus comme tels par les acteurs. Cette perspective tend à confondre influence posthume et importance scientifique. Le jugement rétrospectif parle du point de vue des vainqueurs. Biais principal de ce type de jugement, il ne laisse guère de place pour saisir la diversité des développements doctrinaux ou intellectuels, ou les projets de développement scientifique, ni pour comprendre les raisons diverses de leur succès ou de leur échec –puisqu'il postule nécessairement une rationalité de l'histoire intellectuelle, qui profiterait à la meilleure théorie... Il réduit également l'action professorale à la production scientifique publiée, alors que celle-ci n'est pas le seul critère contemporain de l'éloge, et qu'il est lui-même historiquement produit –à partir précisément de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Il néglige les usages faits de tel ou tel type doctrinal qui paraît rétrospectivement dépassé, n'en faisant qu'une simple dépendance du présent » (p. 806).

vue de cette thèse si originale qui se propose de saisir le droit public dans son indétermination foncière plutôt que dans la version figée et somme toute rassurante qu'en délivre la doctrine publiciste. Les réserves et les objections viennent régulièrement à l'esprit au fil de la lecture, mais le fait est que le propos est d'une grande cohérence, et qu'il remet en cause bien des idées reçues sur l'essence du droit public comme discipline purement « scientifique ».

On terminera cette présentation par deux observations. La première concerne la densité impressionnante du travail proposé, qui est de nature – on a pu le mesurer en rédigeant péniblement ces lignes – à décourager pour de bon tout effort de présentation synthétique. De fait, la thèse est comme on l'a dit longue de plus de 800 pages rédigées en petits caractères, et elle ne se prête pas nécessairement à une lecture linéaire. Mais elle fourmille d'informations originales, assorties de commentaires d'une grande finesse qui bousculent comme on l'a dit bien des certitudes et des évidences. C'est un travail que tout juriste qui s'intéresse à la construction de sa discipline se doit d'avoir à portée de main, et qu'il pourra consulter ponctuellement grâce à un *index nominum* et à un *index rerum* qui lui faciliteront un accès séquentiel aux développements particuliers qui l'intéressent.

La seconde observation concerne le parcours universitaire de Guillaume Richard, qui est comme une démonstration par l'exemple de la justesse du point de vue qu'il soutient dans sa thèse concernant l'indétermination du droit public et son besoin de légitimation en tant que discipline authentiquement « juridique ». Par son approche et sa méthode, cette thèse d'épistémologie du droit public présente en effet une forte dimension historique<sup>18</sup>, mais elle se veut d'abord et avant tout une vaste introspection sur la nature du droit public en tant que discipline académique, et c'est pourquoi elle a été soutenue en droit public, devant un jury composé majoritairement de publicistes<sup>19</sup>. Au fond, être publiciste, n'est-ce pas d'abord et avant tout savoir ce qu'est le droit que l'on enseigne et ce qui le constitue, même si l'on a recours à l'histoire pour le comprendre ? Le CNU de droit public a quant à lui considéré que la thèse de Guillaume Richard était trop historique et pas assez « juridique », pas assez « doctrinale », pour être qualifiée en tant que thèse de droit public. Fort heureusement les historiens ont bien voulu de lui, et il est sorti major du premier concours d'agrégation d'histoire du droit auquel il s'est présenté. À tous les publicistes, on ne peut que recommander la lecture de cette thèse qui a beaucoup à leur apprendre sur leur discipline, et dont l'auteur, par ce qu'il a su leur en dire, aurait incontestablement mérité une place de choix dans leurs rangs.

### **Pierre-Henri Prélot**

*Professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise*

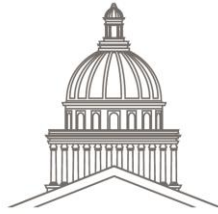
---

<sup>18</sup> Avant d'étudier le droit public, Guillaume Richard a été élève à l'École normale supérieure. Il est agrégé d'histoire.

<sup>19</sup> La thèse a été soutenue le 3 décembre 2013. Elle a été dirigée par Jean-Louis Halpérin et Éric Millard, devant un jury constitué également d'Armel Le Divellec, Dominique Rousseau et Bertrand Seiller.

# Mémoires





UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

# La doctrine constitutionnelle du régime de Vichy

Louis Terracol

Mémoire de Master 2 – Histoire du droit

Sous la direction de Monsieur le Professeur Olivier JOUANJAN

2015/2016



## **REMERCIEMENTS**

À mon directeur, Monsieur le Professeur Olivier Jouanjan, pour l'aide et les conseils qu'il a su m'apporter.

Aux personnes qui m'ont aidé à perfectionner ce mémoire, sur la forme comme sur le fond, et particulièrement Monsieur Marc Parayre et Madame Manon Charpy ainsi que Monsieur Romain Vincent et Madame Christine Jouillat.

À mes parents, enfin, pour leur indéfectible soutien.





## SOMMAIRE

<b>Propos introductif .....</b>	<b>295</b>
§ 1. L'IMPORTANCE DU CONTEXTE HISTORIQUE .....	295
§ 2. POSTURE POSITIVISTE ET NEUTRALITÉ DE LA SCIENCE DU DROIT .....	298
§ 3. UNE DOCTRINE DU RÉGIME DE VICHY ? .....	301
<b>Première partie Penser la rupture .....</b>	<b>304</b>
CHAPITRE I – LA RÉVOLUTION .....	305
<i>Section I – Le pouvoir constituant.....</i>	<i>305</i>
<i>Section II – La Révolution Nationale .....</i>	<i>317</i>
CHAPITRE II – LA SOCIÉTÉ ET LE POUVOIR .....	326
<i>Section I – Les fondements de la nouvelle société communautaire.....</i>	<i>326</i>
<i>Section II – Le titulaire du pouvoir : le Chef.....</i>	<i>336</i>
<b>Seconde partie Façonner la continuité .....</b>	<b>347</b>
CHAPITRE I – L'ÉTAT .....	348
<i>Section I – La construction d'une théorie de l'État autoritaire .....</i>	<i>348</i>
<i>Section II – Les institutions de l'État français, entre désir de continuité et rupture .....</i>	<i>359</i>
CHAPITRE II – LA LÉGITIMITÉ .....	369
<i>Section I – La légitimité du régime fondée sur l'histoire .....</i>	<i>369</i>
<i>Section II. – La légitimité en tant que concept lié au pouvoir.....</i>	<i>378</i>
<b>Quelques propos conclusifs .....</b>	<b>389</b>
<b>Sources.....</b>	<b>393</b>
OUVRAGES .....	393
ARTICLES.....	393
<b>Bibliographie.....</b>	<b>395</b>
OUVRAGES .....	395
ARTICLES.....	395



## PROPOS INTRODUCTIF

Les relations entre le droit et la politique oscillent au gré des considérations, entre la recherche d'un cloisonnement et l'acceptation d'une complémentarité. Les rapports de la doctrine juridique sont, en cela, un marqueur important de ces relations. L'histoire nous enseigne que, tour à tour, certaines périodes se sont révélées propices à des relations entre droit et politique d'égal à égal, tandis que d'autres amenaient à une domination de l'un sur l'autre.

À ce titre, en France, la période du régime de Vichy voit un certain nombre d'auteurs engager leurs écrits au service d'une cause, et donc révéler une importante motivation politique à la base des constructions juridiques des doctrinaires, qu'il s'agisse d'auteurs opposés au gouvernement de Vichy, ou d'auteurs qui s'y rallient. En ce qui concerne les auteurs qui font montre d'une relative complaisance envers l'autorité du maréchal Pétain, on observe une réelle mise au service de la théorie constitutionnelle dans l'élaboration du régime naissant, et une tentative de systématiser un système juridique encore incertain. On peut relever trois raisons qui influent sur le travail juridique à cette période : les circonstances de guerre avec la période de troubles constitutionnels qu'elle suscite tout d'abord ; la volonté de rupture avec les principes du régime précédent ensuite ; une certaine volonté de continuité enfin<sup>1</sup>. Le travail des auteurs vichystes<sup>2</sup>, qui met particulièrement en lumière l'ambiguïté entre continuité et rupture, offre alors une perspective d'analyse inédite. Il convient de revenir sur le contexte historique de la fin de la Troisième République et des débuts du régime de Vichy, qui a son importance dans la pensée doctrinale des auteurs vichystes (§ 1), puis de s'attarder sur la controverse relative à la science du droit, la dogmatique juridique et la neutralité, qui permet de mieux cerner le sujet (§ 2), pour enfin expliciter les enjeux d'une analyse de la doctrine constitutionnelle du régime de Vichy (§ 3).

### *§ 1. L'importance du contexte historique*

La fin de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle est marquée par un significatif durcissement autoritaire des régimes en Europe. En effet, de l'Italie fasciste à l'Allemagne nazie, en passant par le Portugal de Salazar et l'Espagne de Franco, les exemples ne manquent pas<sup>3</sup>. Ce phénomène politique, juridique et militaire, qui culmine durant la guerre de 1939-1945 n'épargne pas la doctrine. Il n'est pas question d'affirmer que l'attitude des auteurs vichystes était nécessairement annoncée par le glissement autoritaire qui se

---

<sup>1</sup> J.-P. LE CROM, « Droit de Vichy ou droit sous Vichy ? Sur l'historiographie de la production du droit en France pendant la deuxième guerre mondiale », in *Histoire@Politique*, Presses de Science Po, n° 9, 2009, p. 105.

<sup>2</sup> Le terme d'auteur « vichyste » est entendu dans ce propos sans connotation morale, il désigne simplement les auteurs dont les écrits vont dans le sens du régime de Vichy, et qui rentrent donc dans le cadre de cette analyse.

<sup>3</sup> Sur ce point, l'ouvrage de Johann Chapoutot pourra être consulté avec profit : J. CHAPOUTOT, *L'âge d'or des dictatures (1919-1945)*, PUF, 2008.

manifeste dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, néanmoins, il convient de constater qu'à la veille de l'avènement du gouvernement de Vichy, la démocratie française ne semble plus inspirer les auteurs<sup>1</sup>. Le régime républicain souffre d'un triple discrédit. Ce dernier est d'abord politique<sup>2</sup> : la fin du régime parlementaire étant troublée par la précarité et la brièveté des ministères, par les coalitions instables et changeantes qui entraînent un manque de cohésion et par une décrédibilisation des lois constitutionnelles de 1875. À ce titre, il est important de mentionner le rôle prépondérant de l'apparition du thème du réformisme dans la doctrine des années 1930. L'attitude des constitutionnalistes dans ces années n'explique pas nécessairement celle des années de la France de Vichy, néanmoins il est possible de noter chez certains auteurs le constat d'une crise de l'État et de la nécessité d'un renforcement de l'exécutif<sup>3</sup>, que le régime de Vichy saura mettre à profit<sup>4</sup>. Le discrédit est ensuite économique<sup>5</sup>, et l'impuissance de l'État face à la crise qui touche sévèrement la France dès les années 1930-1931, entraîne une dégradation de l'image du régime, particulièrement dans le cadre européen de l'époque, où, comme le décrit l'historien Johann Chapoutot, « le régime républicain français apparaît faible face à ses concurrents fascistes et autoritaires. C'est même un lieu commun du temps que d'opposer la friabilité des démocraties occidentales, régimes de dialogue et de compromis, au viril décisionnisme, sans concession ni compromis, ultra rhénan ou transalpin »<sup>6</sup>. Enfin, les successions de scandales politico-financiers qui entachent la classe politique entraînent un discrédit moral<sup>7</sup>, dont les auteurs sauront tirer profit pour dresser le portrait de la déliquescence du régime démocratique libéral<sup>8</sup>. Cela est également renforcé par la création de groupes ou de ligues à l'extrême droite. Johann Chapoutot indique à ce sujet que les pressions externes et internes visant à un renforcement de l'exécutif, les éléments politiques, économiques et moraux évoqués *supra*, et la proximité des régimes autoritaires et totalitaires du continent européen, sont autant de facteurs qui contribuent à une modification de la pratique du gouvernement<sup>9</sup>. On peut alors ajouter une modification dans la pratique et les écrits de la doctrine qui, déjà dans les années 1930, tentait d'avoir une influence directe sur

---

<sup>1</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, PUF, 1<sup>e</sup> éd., 2013, p. 174.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 174-175.

<sup>3</sup> G. SICART, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, Th. Paris, Cujas, 2000, p. 201 *sqq.* et p. 283 *sqq.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 519 *sqq.*

<sup>5</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 177 *sqq.*

<sup>8</sup> Voir par exemple : R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP*, 1942, p. 264 *sqq.*

<sup>9</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, *op. cit.*, p. 182.

l'organisation constitutionnelle de la République<sup>1</sup>, et qui, au lendemain de l'arrivée de Philippe Pétain au pouvoir, fera le choix, pour une partie d'entre elle, de l'engagement en faveur ou en défaveur du régime de Vichy<sup>2</sup>.

De la fin de la Troisième république en 1940, jusqu'à l'avènement de la Quatrième République six ans plus tard, certains auteurs se prononcent en faveur du gouvernement controversé qui assure l'exercice des pouvoirs de l'État, dans ce qui sera nommé le régime de Vichy. Régime provisoire issu des circonstances de guerre et de la défaite face aux forces allemandes, son statut constitutionnel en gestation en fait un terreau particulier pour une doctrine qui cherche, dans une certaine mesure, à assurer plus ou moins ouvertement un rôle politique dans le régime à venir<sup>3</sup>. L'empan d'analyse de cette doctrine, l'État vichyssois naissant, n'est cependant pas aisé à déterminer. En effet, la fin de la Troisième République pourrait dater du 10 juillet 1940 lors de l'édiction de la loi attribuant les pleins pouvoirs au maréchal Pétain, ou alors du lendemain, le 11 juillet, date de l'édiction du premier acte Constitutionnel dans lequel Philippe Pétain se nomme chef de l'État. Or, il est significatif de voir que l'ordonnance du 9 août 1944 « relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental » fait remonter l'illégalité, aux forts accents d'illégitimité, au 16 juin 1940, cette date étant celle de la nomination de Philippe Pétain en tant que chef du Gouvernement. Sur un plan purement formel, enserrer les dates de commencement et de fin du régime de Vichy dans une chronologie stricte apparaît donc compliqué, tant les mutations constitutionnelles de cette période sont importantes<sup>4</sup>. Néanmoins, c'est une des tentatives de la doctrine vichyste que d'analyser la naissance de cet État, qui résulte selon ces auteurs d'une révolution, et d'apporter une cohérence à cette période. De fait, ils s'emploient à considérer la loi du 10 juillet 1940 ou l'Acte Constitutionnel n° 1 du 11 juillet 1940 comme fondation juridique de l'État français.

Parler de la doctrine constitutionnelle du régime de Vichy, c'est alors dire implicitement qu'il y a eu une doctrine au service de ce régime. La réalité est plus complexe, et il convient d'explicitier ce point en détail, afin de comprendre en quoi la doctrine peut avoir un rôle politique à jouer. Le terme de doctrine juridique recouvre plusieurs sens ; sur le plan formel, il peut s'agir de l'ensemble des professionnels du droit ; sur le plan théorique, de l'activité de connaissance du droit ; sur le plan dogmatique, des opinions émises par les juristes<sup>5</sup>. Ce point de vue dogmatique est un sujet qui prête à caution, puisque telle ou telle opinion, justement en ce qu'elle est une opinion, relève de la subjectivité. Dans le cadre du droit constitutionnel, cette

---

<sup>1</sup> G. SICART, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, op. cit., p. 471.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 503.

<sup>3</sup> D. GROS, « La légitimation par le droit », in *Serviteurs de l'État, Une Histoire politique de l'administration française (1875 – 1940)*, dir. M.-O. BARUCH et V. DUCLERT, éd. La Découverte, Paris, 2000, p. 26.

<sup>4</sup> La thèse d'Emmanuel Cartier pourra être consultée à ce profit : E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, LGDJ, 2005.

<sup>5</sup> G. SICART, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, op. cit., p. 5.

subjectivité peut volontiers être mise à profit par tel ou tel régime pour asseoir son droit. Cela se heurte alors à l'affirmation selon laquelle « la posture doctrinale [...] est fondée sur une argumentation rationnelle et non sur l'adhésion ou la condamnation », de sorte que « la tradition doctrinale interdit de glisser, par exemple, de l'examen de la légalité au légalisme, voire au loyalisme à l'égard des autorités politiques dont procèdent les normes »<sup>1</sup>. Cette affirmation interdit à la doctrine une posture partisane, sous peine d'entacher le caractère scientifique des opinions émises. Cependant, force est de constater que le monde du politique et celui de la doctrine juridique sont parfois liés, de manière indirecte – par la récupération des opinions – ou de manière plus directe – par l'adhésion. Ce constat n'enlève en rien l'intérêt de la dogmatique, et d'une étude sur celle-ci, car quand bien même les auteurs feraient preuve d'engagement, les opinions émises, bien que soient sujettes à caution, méritent un intérêt particulier en ce qu'elles permettent de mettre en lumière un moment rhétorique du discours juridique. Ce point ayant cependant fait l'objet d'une controverse portant sur la neutralité et la science du droit, il convient d'y revenir.

## **§ 2. Posture positiviste et neutralité de la science du droit**

Il s'agit d'évoquer à titre liminaire le principal débat lié à la neutralité de la science du droit et à l'attitude de la doctrine juridique sous le régime de Vichy. Cette controverse doctrinale, initiée dans l'ouvrage collectif *Les usages sociaux du droit*<sup>2</sup> et poursuivie dans *Théorie du droit et science*<sup>3</sup>, se développe entre le Professeur Danièle Lochak et le Professeur Michel Troper, et a pour toile de fond l'attitude de la doctrine durant les années de la France de Vichy. La thèse du Professeur Lochak consiste à dire que la posture positiviste adoptée par les auteurs sous Vichy est, dans une certaine mesure, responsable de la légitimation du droit de cet État. Le Professeur Troper répond au travers de son premier article, publié dans la même revue, en précisant dans un premier temps, qu'il est enclin à admettre deux points de la thèse de Danièle Lochak, à savoir l'attitude des juristes sous le régime de Vichy, et indépendamment, « la fonction de légitimation que remplit objectivement ce qu'on appelle en France la doctrine »<sup>4</sup>. Toutefois, il remet en cause ses conclusions sur le rapport entre méthodologie juridique et éthique. Selon lui, « si la doctrine juridique française a bien participé à la légitimation de la politique antisémite de Vichy, ce n'est pas parce qu'elle était positiviste mais parce qu'elle ne l'était pas »<sup>5</sup>. En effet, il explique que

---

<sup>1</sup> D. GROS, « La légitimation par le droit », in *Serviteurs de l'État...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>2</sup> D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1982, p. 282 *sqq.* ; M. TROPER, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, *op. cit.*, p. 286 *sqq.*

<sup>3</sup> D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : Mythe ou réalité ? », in *Théorie du droit et science*, (dir. Paul Amselek), PUF, 1994, p. 292 *sqq.* ; M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 310 *sqq.*

<sup>4</sup> M. TROPER, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », *art cit.*, p. 286.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 287.

le positivisme est une conception de la science du droit qui dérive de l'empirisme, et qui consiste à décrire le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. Ainsi, il s'agit d'une science « qui ne prescrit donc rien et s'il existe des auteurs qui prêchent l'obéissance au droit positif, ces auteurs ne sont pas des positivistes mais des pseudo-positivistes »<sup>1</sup>, puisque ces doctrinaires, justement, font œuvre de prescriptions. Le positivisme, continue l'auteur, doit également s'attacher à décrire non-seulement les normes mais également les valeurs qui les sous-tendent. Dans le cas où le juriste s'attache à exposer les normes en vigueur de façon neutre et objective, alors il est positiviste. Cependant, il peut se faire que le juriste partage ou réproouve les valeurs mises en cause, dès lors il ne sera pas dans une pure démarche positiviste.

Le principal grief de Danièle Lochak, à savoir le positivisme de la doctrine, est donc nié par Michel Troper. Pourtant, Danièle Lochak affirme que ces auteurs ont été des « alliés objectifs » du régime, en ayant adopté une posture rigoureusement neutre, et non des défenseurs ou des partisans<sup>2</sup>. Michel Troper, pour répondre à cela, s'attache à définir la neutralité axiologique du positivisme : elle n'est pas une doctrine éthique, elle ne consiste pas à dire que telle ou telle conduite est juste ou injuste, mais elle n'interdit pas non plus de porter des jugements moraux sur la matière analysée. Simplement, de tels jugements ne peuvent pas fonder le raisonnement scientifique juridique. Dès lors, « rien n'empêche d'ailleurs de combiner les deux attitudes et de décrire de manière neutre et objective un certain droit positif, que par ailleurs on réproouve au combat »<sup>3</sup>. Danièle Lochak explique dans son second article, en réponse à Michel Troper, que les commentaires des doctrinaires du régime de Vichy entrent bien dans la définition de la dogmatique juridique « puisqu'ils prétendent se cantonner dans la description neutre et objective du contenu de la réglementation en vigueur »<sup>4</sup>. La thèse de l'auteur est de la sorte ainsi posée : sous couvert de dogmatique juridique, le juriste qui prétend à la neutralité participe à la sacralisation du droit posé et à la légitimation des règles en vigueur. L'attitude de la doctrine conduirait alors à une banalisation du droit antisémite, qui passe par un double effet de consécration et d'euphémisation du droit<sup>5</sup>, et par une légitimation de ce dernier. Cette légitimation, imputée directement au positivisme, entraînerait alors un effet d'anesthésie, par le discours prétendument neutre, ainsi qu'un effet de reconnaissance de la législation en question<sup>6</sup>.

Troper clôt le débat à l'occasion de son dernier article, dans lequel il revient sur la définition de la neutralité, en évoquant une nuance non dénuée

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : Mythe ou réalité ? », art. cité, p. 295.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 295 sqq.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 300-309.

d'intérêt. Il distingue deux concepts de neutralité<sup>1</sup>. Tout d'abord, il envisage une vision négative, qui prend pour postulat qu'on ne peut définir que son contraire, c'est-à-dire l'absence de neutralité (et qui est la vision de Danièle Lochak, précise-t-il). « L'absence de neutralité ne tient pas ici aux caractères propres du discours, mais seulement à l'interprétation et à l'usage qu'on peut en faire » ; or, du point de vue sociologique – de l'effet du discours – aucun discours ne sera jamais neutre, même le plus rigoureusement scientifique<sup>2</sup>. Il entrevoit dès lors une vision positive de la neutralité, celle d'un discours neutre, c'est-à-dire qui ne comporte ni prescriptions, ni jugements de valeur. Il parle bien du discours des juristes, et non du droit en lui-même, qui n'est pas neutre et ne peut l'être. Par la suite, il s'appuie sur ce raisonnement pour mettre en avant une conception de la science du droit neutre et objective, qui serait fondée sur un dualisme<sup>3</sup>. Ce dualisme s'articule entre le discours théorique – la science du droit, qui est neutre –, et pratique – la dogmatique juridique, qui n'est pas neutre –. Si la science du droit décrit les normes en vigueur, la dogmatique cherche à établir quelles sont les normes applicables<sup>4</sup>. Cette recherche de la norme applicable porte sur ce qui doit être et non sur ce qui est, de sorte que les positions de la science du droit peuvent être vérifiées, tandis que celles de la dogmatique ne le peuvent pas. Il relève alors que la dogmatique est l'affaire, entre autres, de la doctrine dans son travail de systématisation.

Il est important, après ce bref aperçu du débat, d'émettre deux commentaires propres à éclairer notre sujet. Le premier point consiste à préciser que le Professeur Troper a mis en lumière la caractéristique principale de l'attitude de la doctrine sous le régime de Vichy : celle-ci procède plus volontiers d'une démarche de dogmatique juridique que d'une réalisation scientifique. En effet, la doctrine vichyste n'est pas neutre, et nous n'en voulons pour preuve que cet exemple tiré d'un article de Roger Bonnard dans la *Revue du Droit Public*, où l'auteur exprime ouvertement son adhésion au régime autoritaire mis en place par le maréchal Pétain<sup>5</sup>. C'est alors le parti pris de ce propos de reconstruire la pensée autoritaire et communautaire qui se dégage des écrits, et des débats, des doctrinaires vichyistes, et donc de mettre en avant le caractère prescriptif du produit doctrinal.

Le second point concerne le thème de cette controverse que nous venons d'évoquer. L'objet principal de celle-ci est le rôle du positivisme et la neutralité de la doctrine, mais son sujet particulier, la doctrine sous le régime de Vichy, est davantage cantonné à son rôle de légitimation du droit antisémite et, plus globalement, des mesures discriminatoires du gouvernement. Il s'agit d'un trait commun aux quelques études existantes ayant pour

---

<sup>1</sup> M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », art. cité, p. 310-311.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 312.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>5</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 374 : Roger Bonnard affirme en effet qu'il croit « à la supériorité du régime autoritaire sur le régime démocratique ».



thème la doctrine constitutionnelle sous le régime de Vichy : ces dernières n'ont concerné jusqu'à présent que l'attitude des juristes, ou les postulats pro-pétainistes qu'ils ont adoptés. Aucune de ces études ne s'attarde, si ce n'est en surface, sur le contenu des écrits constitutionnels des auteurs ouvertement vichystes. En marge du débat plus large sur le positivisme juridique, ces travaux se penchent le plus souvent au débat sur les lois antisémites, l'adhésion à ces lois ou leur non-condamnation, la relative complaisance et la glaciale neutralité des commentaires à l'égard de celles-ci<sup>1</sup> ayant accaparé la quasi-totalité du débat. Or, l'objet de notre propos, s'il n'occulte ni ne minore les implications et les conséquences de ces mesures, se focalise à l'inverse sur la pensée constitutionnelle au sens large émise par ces auteurs, c'est-à-dire sur les écrits qui concernent les mutations constitutionnelles, le pouvoir, la théorie de l'État ou encore la légitimité du pouvoir. La période de la France de Vichy offre à ce titre un laboratoire d'analyse particulièrement intéressant, puisqu'elle permet d'observer une œuvre doctrinale partielle, cherchant à systématiser un État autoritaire en fondation, à l'appuyer sur des bases solides tout en cherchant dans une certaine mesure à exercer une influence sur son élaboration.

### § 3. Une doctrine du régime de Vichy ?

Une doctrine qui fait œuvre de dogmatique émet des opinions, qui ont une autorité spécifique. Caractérisée de surcroît par la multitude de ses points de vue et des opinions qu'elle exprime, la doctrine n'est donc pas uniforme mais bien caractérisée par une pluralité d'œuvres collectives ou individuelles structurées autour de courants d'idées<sup>2</sup>. La doctrine constitutionnelle présente en outre une spécificité qui tient au fait que « les publicistes entretiennent un rapport particulier au pouvoir et à la politique », de sorte qu'il existe un rapport bilatéral entre doctrine et politique, « d'un côté la doctrine joue un rôle politique en apportant le renfort de son autorité au discours et à la pratique du pouvoir ; de l'autre, la politique nourrit la doctrine d'idées susceptibles d'être traduites en termes juridiques »<sup>3</sup>. Dès lors la doctrine constitutionnelle s'élabore en lien avec le contexte politique, ce qui est particulièrement flagrant avec la période de Vichy. Cet état de fait conduit à une interrogation préalable : les constitutionnalistes, publiant entre 1940 et 1944, et dont l'affiliation au régime de Vichy est avérée – ou *a minima* l'absence de condamnation de celui-ci – constituent-ils à proprement parler une doctrine ou au contraire ne s'agit-il là que d'auteurs différents, uniquement caractérisés par leur position vichyste ? Nous choisirons de répondre qu'il existe bien une doctrine vichyste, mais en apportant quelques nuances. Il existe en effet un certain nombre d'auteurs dont on peut arguer qu'ils font montre d'une relative complaisance envers le gouvernement du maréchal Pétain, et dont les écrits ont pour but au moins de systématiser le régime qui se met en place, voire de le légitimer. Nous nous appuierons à ce

---

<sup>1</sup> L'exemple évoqué le plus souvent ici est celui de l'article suivant : G. JÈZE, « Notice de jurisprudence. La définition légale du juif », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1944, p. 74-84.

<sup>2</sup> G. SICART, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 7.

titre sur les écrits d'époque de Roger Bonnard, de Georges Burdeau, de Joseph Barthélémy, de Julien Laferrière, mais également d'auteurs qui ont moins publié durant cette période mais dont les articles constituent une excellente base de réflexion sur un tel sujet. Mentionnons par exemple, de Georges Liet-Veaux, Georges Berlia, ou encore Louis Delbez<sup>1</sup>. Toutefois, il convient de préciser qu'il est très difficile, voire parfois impossible, de définir le degré de rattachement de chaque auteur au régime, mais telle n'est cependant pas la démarche du présent propos, qui n'a pour but ni de condamner ni au contraire d'excuser les comportements et écrits de ces auteurs, mais simplement d'en comprendre le fonctionnement : comprendre le discours juridique en le déconstruisant, comprendre ses relations avec le discours politique, et comprendre la force impérative, voire prescriptive, de cette doctrine. Le présent travail vise également à reconstruire la pensée autoritaire et corporatiste des auteurs en question, ce qui permet, d'une part, d'éclairer la période de la France de Vichy du point de vue constitutionnel de ses partisans, et d'autre part de constater la part de légitimation active dont procède le discours, qui ne décrit pas, la plupart du temps, le régime tel qu'il est, mais tels que ces auteurs souhaiteraient qu'il soit.

Cette démarche se heurte cependant à quelques difficultés. Tout d'abord, il convient de mentionner que les sources sur lesquelles s'appuyer sont quelquefois manquantes, parfois en trop mauvais état pour la consultation, ou ont été retirées de l'usage public. Il faut donc faire preuve d'une grande prudence dans le traitement des écrits, en gardant à l'esprit que l'on peut omettre des éléments. S'il subsiste un corpus certain de textes nous permettant d'étayer notre propos, la difficulté principale vient en réalité des ambiguïtés de la doctrine dans ses écrits de cette époque. Il n'est pas toujours aisé de comprendre ce qu'un auteur a voulu exprimer au jour où il écrit, et bien souvent les opinions exprimées sont tributaires du contexte. À titre d'exemple, Roger Bonnard conclut en 1942 à la légalité du gouvernement, ainsi que sa légitimité, ce qui en ferait donc un gouvernement de plein droit<sup>2</sup> ; et en 1944, dans son *Précis de droit public*, semble pris d'un doute subit, si bien qu'il écrit « qu'on peut se demander si, dans ces conditions [le non-respect des conditions de la loi du 10 juillet 1940 par Pétain, *ndlr*], le régime politique de 1940, qui devait être le régime définitif, ne serait pas plutôt, vu ses lacunes, un régime provisoire né des circonstances et destiné à disparaître avec elles »<sup>3</sup>. L'auteur laisse donc planer une ambiguïté sur la nature du régime. Cependant, pour notre part, nous choisirons de considérer que Bonnard est plutôt enclin à considérer le gouvernement comme de droit ; l'opinion que nous venons de citer ne se retrouvant nulle part ailleurs. De plus il n'explique pas en quoi il s'agirait d'un gouvernement provisoire ou de fait, et cette opinion n'est pas particulièrement cohérente avec l'ensemble de ses écrits à cette période. Soulignons que Bonnard précise dans cette affirmation de 1944 qu'il ne remet pas en cause le principe auto-

---

<sup>1</sup> La liste des auteurs cités ici est non exhaustive et ne mentionne que les principaux d'entre eux. Afin de limiter les notes de bas de pages nous nous permettons de renvoyer à la rubrique « sources » qui contient le détail des œuvres étudiées.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, 1942, p. 47 *sqq.*

<sup>3</sup> R. BONNARD, *Précis de droit public*, Sirey, 6e éd., 1944, p. 29.

ritaire mis en avant par le gouvernement de Vichy, et donc la substance même de ce régime. Il faut donc là encore faire preuve de prudence dans l'analyse des écrits de la doctrine, car le contexte de cette période troublée est propice aux changements de points de vue et les sujets abordés par les auteurs – de la révolution à l'État en passant par la société et la légitimité – sont mutables et instables.

Ces auteurs qui constituent le noyau de ce que nous appellerons la doctrine vichyste, s'ils partagent des opinions communes sur les grandes thématiques et les grands principes constitutionnels qu'ils abordent, présentent des divergences lorsqu'on se penche plus en détail sur leurs écrits. En effet, ceux-ci sont en accord sur un certain nombre de points capitaux : la nécessité d'un changement de régime, la sénescence de la Troisième République, la forme autoritaire du gouvernement, le communautarisme ou encore l'impératif d'un chef fort au sommet de l'État. Néanmoins, au sein même des constitutionnalistes du régime, chacun de ces points est sujet à des débats plus ou moins diversifiés. Ces débats mettent en avant le fait qu'il existe bien une doctrine vichyste, qui naît avec le régime éponyme, mais qui, à l'image de celui-ci, n'a gardé qu'un caractère embryonnaire et s'est éteinte avec lui. L'analyse de ce mouvement doctrinaire ne nous paraît cependant pas vaine ou dénuée d'intérêt, car elle permet, selon nous, d'étudier la rhétorique juridique qui accompagne la création d'un nouveau régime, et parce qu'elle renseigne sur des concepts qui jusqu'alors, dans un régime de démocratie parlementaire et libérale, appartenaient aux opinions minoritaires. En 1940, la volonté des acteurs politique, avec le gouvernement de Vichy, est de doter la France d'un État autoritaire. La doctrine va rejoindre cette idée et, par ses écrits, tenter de systématiser les questionnements constitutionnels qui se posent au gouvernement.

L'axe de réflexion consistera ainsi à expliciter les thématiques constitutionnelles de la doctrine du régime de Vichy afin d'observer comment se structure le discours d'une doctrine partisane dans un contexte de transition constitutionnelle, et d'analyser l'entreprise de déconstruction et de reconstruction des concepts qui en découle.

Mettre en lumière cette conception idéologique de la doctrine, qui est donc nécessairement partielle, et qui peut s'inscrire dans une tradition plus large d'auteurs attachés à l'autoritarisme ou le communautarisme, permet de souligner les deux axes caractéristiques de la doctrine vichyste. Les auteurs, lorsqu'ils cherchent à systématiser les changements constitutionnels et l'État en train de se construire, élaborent à la fois une œuvre de déconstruction et une œuvre de reconstruction. Ces auteurs vont en effet penser, dans un premier temps, la rupture constitutionnelle au travers d'une réflexion sur la révolution – tant juridique que philosophique – ainsi qu'au travers de considérations sur le pouvoir et la société – par le biais d'une pensée sur la communauté, et sur son chef –, ce que nous nous proposons d'étudier dans une première partie. Leurs analyses se traduisent, dans un second temps, par une entreprise de réédification des concepts afin de promouvoir une certaine continuité, qui passe, en théorie comme en pratique, par une réflexion sur l'État autoritaire, ainsi que sur des considérations relatives à la légitimité, ce point mobilisera la deuxième partie de notre propos.

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **PENSER LA RUPTURE**

Premier volet du prisme de réflexion des constitutionnalistes du régime de Vichy, le thème de la rupture ne traduit ni plus ni moins que l'idée d'un changement d'ère. L'affirmation de la fin d'une période historique, d'un concept d'État et de société, d'une conception du droit ; et, dans le même mouvement, l'érection de principes nouveaux, ou plutôt régénérés. Car les principes ne sont pas réellement novateurs ici, il s'agit d'un retour à des valeurs autoritaires et communautaires qui s'affirment en opposition avec les valeurs de la Révolution française et de la République. La rupture est alors réactionnaire, ou conservatrice chez les pétainistes les plus modérés, elle veut trancher avec les 150 dernières années d'une France démocratique et libérale. Sur le plan juridique, le débat au sein de la doctrine est de savoir s'il y a bien une rupture avec les lois constitutionnelles de 1875, et si elle est faite dans les formes ou non. Sur le plan des principes du régime nouveau, les auteurs s'accordent pour affirmer cette rupture, mais en réalité, le constat est rapidement établi qu'elle se définit avant tout par ce qu'elle n'est pas : la Révolution nationale est un rejet des principes démocratiques et libéraux, et n'est pas un retour à l'ordre monarchique ancien. Mais quand il s'agit de la construire, le flou demeure, et un consensus au sein de la doctrine n'est pas aisé à définir.

Les auteurs mettent donc en avant ces deux domaines qui leur permettent d'appuyer l'idée d'une rupture avec un ordre dépassé : la révolution (chapitre I), et la société (chapitre II). L'idée de révolution affirme moins un changement juridique, où le débat est ouvert sur la nature des transformations constitutionnelles du régime, que politique, au travers de la Révolution Nationale. La rupture vantée au sein de la société, quant à elle, fait écho à un changement sur le fondement du pouvoir, dans le passage d'un régime libéral à un régime appuyé sur la communauté, et à un changement sur l'exercice du pouvoir, dans le statut et le rôle du chef de l'État.

## Chapitre I – La révolution

L'un des premiers thèmes abordés par la doctrine a trait aux changements constitutionnels et sociaux qui s'opèrent à partir de l'année 1940. Juridiquement comme politiquement, cette période connaît de grandes transformations. Il s'agit de comprendre comment est relatée cette révolution, par les auteurs qui écrivent en faveur du régime en gestation. Le cadre normatif de leurs réflexions comprend alors la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, qui attribue à Philippe Pétain les pleins pouvoirs, ainsi que les douze Actes constitutionnels édictés par ce dernier en tant que chef de l'État. L'analyse qui est faite de ces éléments constitutionnels est le centre d'un débat, qui influe sur l'étude du gouvernement en lui-même. Sur le plan des idées politiques, un point de convergence de la doctrine est de mettre en avant une rupture, entre les principes de la société ancienne, et celle à venir.

L'intérêt de ce point de vue interne est qu'il permet d'avoir un aperçu des arguments – et des débats – de la doctrine en faveur du régime de Vichy, sur sa fondation constitutionnelle et sociale. Juridiquement, l'idée même d'une révolution fait débat, au travers de la légalité de de l'exercice – ou des exercices – du pouvoir constituant, et les conséquences que cela emporte (section I). Politiquement, en revanche, il est question de mettre en avant cette révolution, et la rupture qu'elle entraîne avec des principes jugés surannés par ces auteurs, afin de reconstruire la société sur les fondations d'une « révolution nationale »<sup>1</sup> (section II).

### Section I – Le pouvoir constituant

Il est possible de distinguer schématiquement trois étapes qui relatent la transition politique qui s'opère entre la Troisième République et le gouvernement de Vichy. D'abord, dans la nuit du 16 au 17 juin jusqu'au matin du 10 juillet 1940 voit la formation du gouvernement par Philippe Pétain, l'armistice ainsi que les prémices de la transformation du régime. Ensuite, la journée du 10 juillet a son importance, puisqu'il s'agit du vote de la loi constitutionnelle octroyant les pleins pouvoirs constituants au maréchal Pétain. Enfin, à partir du 11 juillet 1940, une succession d'Actes constitutionnels est promulguée par le chef de l'État, qui entame une transformation en profondeur de la société et de l'État, et qui constituent pour certains auteurs le prélude à une constitution définitive<sup>2</sup> (constitution qui ne verra jamais le jour). Deux axes retiennent alors l'attention de la doctrine : d'abord, le processus d'élaboration de la loi, et les remarques que celle-ci suscite (§ 1), puis, l'interprétation qui est faite de cette loi et ses conséquences sur la légalité du gouvernement (§ 2).

#### § 1. La transition constitutionnelle et la loi du 10 juillet 1940

Les auteurs sous le régime de Vichy commentent et vivent simultanément les événements. À la fois acteurs et interprètes d'un régime, la position donne lieu à d'intéressants débats rhétoriques et juridiques sur les origines

---

<sup>1</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, *op. cit.*, p. 274.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 46-47.

de celui-ci. Convaincus de vivre une révolution, il convient avant tout pour eux d'en analyser la genèse, c'est-à-dire les prémices de la loi du 10 juillet 1940, et d'expliquer la nécessité de cette révision constitutionnelle. Il faut ensuite se pencher sur les quelques remarques que cette loi a pu susciter.

*La genèse d'une transition constitutionnelle relatée par la doctrine*

Le 16 juin 1940, le président du Conseil, Paul Reynaud, démissionne. Le Président de la République, Albert Lebrun, donne alors la charge à Philippe Pétain de réunir un nouveau gouvernement qui, une fois formé, demande l'armistice. Georges Burdeau remarque à ce propos qu'il ne s'agissait encore, au point de vue constitutionnel, que d'un changement régulier de ministère<sup>1</sup>. Au lendemain de l'armistice, le 25 juin<sup>2</sup> se superpose un régime politique de fait sur un régime politique de droit, note Roger Bonnard. Il y aurait, en effet, discordance entre la démocratie parlementaire (régime de droit de la Troisième République) et l'autoritarisme (régime de fait)<sup>3</sup>. C'est pourquoi il explique qu'une révision constitutionnelle s'imposait. Burdeau fait le même constat de la nécessité d'un changement de constitution : « C'est le régime qui devait payer pour que la France pût survivre »<sup>4</sup>. C'est pourquoi, lorsqu'il relate le vote de la résolution relative à la convocation de l'Assemblée Nationale, seule à même d'exercer le pouvoir constituant, il écrit : « Ainsi se produisait ce fait sans précédent dans nos annales politiques d'un régime décrétant lui-même sa propre disparition. »<sup>5</sup>. Selon Burdeau, le Parlement, en choisissant de réunir l'Assemblée Nationale, savait donc qu'il consentait à sa propre mort<sup>6</sup>. Julien Laferrière, à son tour, explique pourquoi il estimait nécessaire une réunion de l'Assemblée Nationale pour aboutir à une révision constitutionnelle. Il fait le parallèle avec la période de 1870<sup>7</sup>. Selon sa lecture des événements, la défaite avait entraîné la chute de la constitution de l'Empire, ainsi que des pouvoirs publics réguliers. Le gouvernement du 4 septembre était donc un gouvernement de fait, qui n'exerçait pas le pouvoir constituant (tâche dévolue à l'assemblée élue en janvier 1871). Néanmoins, selon lui, en juillet 1940 « la défaite n'avait pas provoqué de révolution politique »<sup>8</sup>, constitution et pouvoirs publics subsistaient. Le gouvernement ne pouvait agir qu'en vertu des pouvoirs qu'il tenait de la constitution (sauf à faire une révolution comme le précise l'auteur). Dès lors, la réforme constitutionnelle envisagée ne consistait pas à substituer une constitution nouvelle à une constitution disparue, mais simplement réformer la constitution de 1875. La voie qui

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, LGDJ, 1942, p. 157.

<sup>2</sup> L'armistice entre les Français et les Allemands est signé le 22 juin 1940, et le 24 juin entre les Italiens et les Français.

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 69.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 157.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France, Les Actes constitutionnels de 1940-1942*, Recueil Sirey, 1942, p. 23-25.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 24.

s'imposait consistant en l'application des modalités prévues par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, modalités souples et aisées à actionner, car ne nécessitant pas d'intervention de la nation, ni même d'élection d'une assemblée spéciale. Avec cependant la limite bornée par la loi constitutionnelle du 14 août 1884, disposant que la forme républicaine du gouvernement ne pouvait être révisée, « encore était-il douteux, précise Julien Laferrière, que cette interdiction limitât les pouvoirs de l'Assemblée Nationale elle-même »<sup>1</sup>.

Par la suite, sont donc mises en œuvre les deux phases prévues par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pour lancer la procédure de révision de la constitution<sup>2</sup>. La première de ces phases est le vote, par des résolutions séparées prises dans chacune des Chambres – chambre des Députés et Sénat – à la majorité absolue des voix, décidant qu'il y a lieu de réviser la constitution, soit totalement, soit partiellement. Les résolutions pour un projet de révision sont votées le 8 juillet 1940 avec une forte majorité souligne Roger Bonnard<sup>3</sup>. La révision elle-même est ensuite faite par les deux chambres réunies à Vichy en Assemblée Nationale dans la journée du 10 juillet. L'élaboration de la loi constitutionnelle se scinde en deux étapes. Dans la matinée du 10 juillet, est organisée une réunion officieuse, tenue à huis clos. C'est durant cette réunion que la présentation, par Pierre Laval, du projet de loi initial a lieu, et que sont traitées les questions de fond. Le seul incident notoire de la séance sembla n'être que la présentation d'un contre-projet par certains sénateurs, anciens combattants<sup>4</sup>. Pour faire retirer ce texte et emporter une adhésion plus large, Laval a modifié partiellement le dernier alinéa du projet de loi final. Initialement, il était prévu que la constitution serait ratifiée par les assemblées qu'elle aurait créées. Dorénavant, il est mentionné qu'elle serait « ratifiée par la Nation et appliquée par les Assemblées qu'elle a créées »<sup>5</sup>.

Durant la séance de l'après-midi, consacrée au vote, la doctrine ne relate qu'une seule difficulté de forme, concernant la question de la majorité. Selon l'article 8 § 2 de la loi du 25 février 1875, le vote se fait « à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale ». Des auteurs

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 24-25. Joseph Barthélémy a le même raisonnement, et ce dès 1938. En effet ce dernier mentionne, concernant cette loi de 1884, qu'il s'agit d'une « barrière de papier » sans force devant les faits. Voir J. BARTHÉLÉMY, *Cours de droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Librairie Dalloz, Paris, 1938, p. 405-406.

<sup>2</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 25. L'auteur note à ce propos : « En 1940, la première phase de la procédure a été observée. La seconde ne l'a été qu'avec d'importantes modifications. »

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 70. La résolution à la chambre des Députés est votée à 229 voix sur 230, et la résolution au Sénat est votée à 395 voix sur 398.

<sup>4</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 28-29. Le projet présentait une solution moins radicale : suspension de l'application de la constitution de 1875 jusqu'à la conclusion de la paix, pleins pouvoirs au maréchal Pétain afin de prendre les mesures nécessaires au maintien de l'ordre, et la mission était confiée à ce dernier de préparer, en collaboration avec les commissions des chambres une nouvelle constitution soumise à l'acceptation de la nation dès que les circonstances le permettront.

<sup>5</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 29.

s'interrogent sur la signification de cet article<sup>1</sup>, la question ayant son importance puisqu'il s'agit de la seule mesure qui rende une révision constitutionnelle plus contraignante que l'édition d'une loi ordinaire. En effet, cette modalité pourrait alors signifier que le chiffre sur lequel doit être calculé la majorité est le nombre légal des membres de l'Assemblée Nationale, tel que fixé par la loi (soit une majorité fixée à 467 membres sur les 932 prévus par le seuil légal). Or, le problème qui s'est posé durant la réunion du 10 juillet était l'absence d'un nombre important de parlementaires, et on a pu craindre chez les partisans du projet de loi, de ne pouvoir aboutir à une majorité. Une deuxième solution est mise en avant, qui consiste à s'appuyer sur les membres du parlement en exercice. Ce qui permet d'écarter du décompte les parlementaires morts, démissionnaires ou déchus<sup>2</sup>. Sur cette seconde base, la majorité serait fixée à 426 membres sur les 850 présents. Finalement, une troisième solution est retenue, qui, selon Burdeau, est incontestablement erronée : la majorité sera calculée sur le nombre de votants. Or, une assemblée ne se compose pas que de votants, explique-t-il<sup>3</sup>. Néanmoins, il n'y prête guère d'importance, puisque le vote final est de 569 voix pour, 80 voix contre et 18 abstentions sur 649 votants. Aussi, le chiffre maximal prévu par la première interprétation était dépassé. Le texte ainsi retenu est le suivant :

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 par un ou plusieurs actes une nouvelle constitution de l'État 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.

### *Les implications de la loi*

Cette loi entraîne une série de remarques de fond par certains auteurs. Tout d'abord Julien Laferrière revient sur la transformation de la mention finale « elle sera ratifiée par la Nation et appliquée par les Assemblées qu'elle aura créées » (qui prévoyait initialement que la loi serait simplement ratifiée par ces assemblées)<sup>4</sup>. Dans un premier temps, il souligne l'étrangeté constitutionnelle du projet initial de faire valider ou invalider une constitution par les organes dont ils tirent leur existence. Mais il remarque surtout que, dans la version initiale du texte, la Nation était totalement absente du projet de loi. Il s'interroge également sur les modalités selon lesquelles cette ratification par la Nation aura lieu (référendum, vote par une assemblée élue), sans toutefois être en mesure d'apporter une réponse certaine<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir essentiellement ici J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 29-31 et G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 159-163.

<sup>2</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 31. Il est notamment fait référence aux 73 députés communistes déchus le 20 janvier 1940.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 163.

<sup>4</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 38.

<sup>5</sup> *Ibid.*



Il continue ses remarques en s'interrogeant sur la forme républicaine ou non du gouvernement<sup>1</sup>. La formule « L'Assemblée nationale donne tous pouvoirs au gouvernement de la République... » laisse alors penser que la République demeure. Pour Georges Liet-Veaux, au contraire, dans le fonctionnement même des institutions, la forme républicaine est abandonnée, il ne s'agit plus de la République, au sens de 1884, mais la république au sens de *res publica*<sup>2</sup>. Laferrière admet lui-même que la question se pose. On peut remarquer, par exemple, que si le nom de « Journal Officiel de la République » demeure après la loi du 10 juillet, il change cependant le 4 janvier 1941, pour devenir le « Journal Officiel de l'État Français »<sup>3</sup>. Néanmoins, Laferrière explique que selon lui, la « République », sans autre épithète, signifie simplement une forme gouvernementale dans laquelle le chef de l'exécutif n'est pas héréditaire. Dès lors, la forme républicaine demeure :

En juillet 1940, il n'y a pas eu de révolution renversant le régime établi et modifiant la forme gouvernementale qui existait en France. La France était une république d'après la Constitution de 1875 [...]. Si l'État français revêtait actuellement une autre forme gouvernementale que la forme républicaine, son gouvernement n'aurait plus la qualité pour exercer le pouvoir constituant que la loi de 1940 a délégué au gouvernement de la république et à lui seulement<sup>4</sup>.

Enfin, une dernière série de remarques concerne le titulaire du pouvoir constituant. Selon la lettre de la loi du 10 juillet, l'Assemblée donne tous pouvoirs au gouvernement de la République, « sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain ». Elle ne semble donc pas prendre en considération le gouvernement de la République de façon abstraite, mais bien la personnalité d'un homme, Philippe Pétain. Il ne fait alors aucun doute pour la doctrine que ce dernier est investi d'un pouvoir constituant *intuitu personae*, c'est-à-dire qu'il détient ce pouvoir en personne, nommément<sup>5</sup>.

L'une des tentatives les plus complètes d'un auteur vichyste, pour définir concrètement le pouvoir constituant effectif du maréchal Pétain, est sans doute celle de Roger Bonnard dans son article à la *Revue du Droit Public* sur les Actes constitutionnels<sup>6</sup>. Ce dernier opère une distinction conceptuelle entre pouvoir constituant originaire et institué, et va qualifier le pouvoir constituant remis au maréchal Pétain comme étant pouvoir constituant institué<sup>7</sup>. Il fallait d'abord pour Bonnard écarter l'hypothèse d'un pouvoir consti-

---

<sup>1</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 40.

<sup>2</sup> G. LIET-VEAUX, « la « fraude à la constitution » », *RDP*, 1943, p. 135-136.

<sup>3</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 40.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 40-41.

<sup>5</sup> Propos confirmés par J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 41-42, G. BURDEAU ; *Traité de science politique*, t. IV, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1983, p. 147 ; J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé. 1943-1944*, Paris, 1944, p. 9-11 ; R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 82.

<sup>6</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 77-86.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 77. « Mais le pouvoir institué qui est intervenu n'est pas celui qui a été organisé par la loi constitutionnelle du 25 février 1875 art. 8. Un nouveau pouvoir constituant a été établi par la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 » précise cependant l'auteur.

tuant originaire, qui ne s'applique que lorsqu'il y a eu une révolution, illicite – qu'il distingue de la possibilité d'une révolution licite – et donc destruction des organes et institutions du régime précédent<sup>1</sup>. Le pouvoir constituant émane alors ici d'une instance sans habilitation. Dans un tel cas, les Actes constitutionnels ne pourraient être l'œuvre que d'un gouvernement de fait, ou alors du titulaire originaire du pouvoir politique (c'est à dire sans délégation ou attribution, du fait des circonstances)<sup>2</sup>. Il n'est pas envisageable qu'il soit l'œuvre d'un gouvernement de fait pour ce dernier, car le gouvernement Pétain est resté le gouvernement légal prévu par les lois constitutionnelles de 1875, jusqu'à l'établissement du premier acte constitutionnel, le 11 juillet 1940. Pour la même raison, parce que le régime a subsisté en droit jusqu'à l'établissement de ce qui constitue, pour Bonnard, la nouvelle constitution de la France (le premier Acte Constitutionnel), le pouvoir constituant n'est pas exercé par le titulaire originaire du pouvoir politique<sup>3</sup>.

Il ne peut alors s'agir que d'un pouvoir constituant institué, c'est-à-dire « celui qui existe en vertu d'une constitution et qui a été établi pour venir, le cas échéant, réviser cette constitution »<sup>4</sup>. Il distingue également, au sein du pouvoir constituant institué, la délégation de l'attribution. Il rejette la thèse de la délégation, qui se heurte au principe selon lequel une compétence, au contraire d'un droit, ne peut être déléguée et ne peut être exercée que par la personne à qui elle a été attribuée initialement (l'Assemblée Nationale ici, qui possède un pouvoir constituant institué, par l'article 8 de la loi du 25 février 1875, et ne pourrait donc le déléguer)<sup>5</sup>. Un pouvoir constituant attribué serait alors à l'œuvre. La loi du 10 juillet remplace le mode de révision prévu par la loi constitutionnelle 25 février 1875. Les Actes constitutionnels découlent donc d'une nouvelle procédure. L'Assemblée Nationale se serait « dépouillée » de son pouvoir constituant institué pour l'attribuer au maréchal Pétain personnellement et exclusivement<sup>6</sup>. Telle est donc la thèse exposée en 1942 par le doyen de Bordeaux, sur l'interprétation de la loi du 10 juillet. Le constat posé par Roger Bonnard va entraîner dans la doctrine un véritable débat sur la légalité : légalité de la loi, statut des Actes constitutionnels, et donc légalité du gouvernement.

## § 2. L'interprétation de la loi et la légalité du gouvernement de Vichy

La double problématique de la légalité du processus constituant, et de la légalité du gouvernement qui en résulte fut l'un des nœuds centraux du débat entre les juristes de Vichy. L'interrogation porte sur la légalité de la loi du 10 juillet 1940, celle des Actes constitutionnels, et – conclusion logique

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 52-53.

<sup>2</sup> Il existe un troisième titulaire du pouvoir constituant originaire dégagé par Roger Bonnard, le titulaire initial, le peuple. Hypothèse qu'il convient d'écarter *de facto* ici puisque ni la loi du 10 juillet ni les actes constitutionnels ne tiennent à une intervention du peuple. *Ibid.*, p. 58.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 79-80.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 82-83.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 84.

– sur la question de savoir si le gouvernement agit de fait ou de droit. L'interprétation à donner à la loi du 10 juillet est à la base de la réflexion, dont découle par la suite l'examen de la légalité du gouvernement de Vichy.

### *L'analyse doctrinale de la loi du 10 juillet*

« Dans l'esprit de ses rédacteurs, la loi du 10 juillet 1940 doit permettre que s'effectue dans la légalité cette révolution politique » explique Georges Berlia en 1944<sup>1</sup>. L'objectif est une transition, sans que la permanence de la licéité constitutionnelle ne soit un instant rompue par un « vide juridique » quelconque. L'auteur met ainsi en avant l'ambivalence entre volonté de rupture avec le régime ancien et la nécessité de continuité. Mais la licéité de cette loi ne va pas nécessairement de soi, et l'opinion de Roger Bonnard précédemment évoquée n'est pas la seule qui prévale. La plupart des auteurs de cette période se sont penchés sur l'examen de cette dernière, et quatre théories se dégagent sur la nature de la loi constitutionnelle.

1 – La théorie de la Délégation de compétence. Julien Laferrière, en 1942, dit que cette loi constitutionnelle est une délégation de la compétence constituante de l'Assemblée Nationale au profit du maréchal Pétain<sup>2</sup>. Or l'Assemblée Nationale est titulaire du pouvoir constituant par délégation du peuple via la constitution de 1875, dès lors, elle n'est pas qualifiée pour transmettre ce pouvoir à une autre autorité, c'est en effet pour l'auteur « un principe certain du droit public que l'autorité à laquelle la Constitution ou la loi confère certaines attributions doit les exercer elle-même et ne peut pas charger une autre autorité de les exercer à sa place »<sup>3</sup>. Cette loi est donc inconciliable avec la constitution de 1875, et par là, illégale. Le procédé n'est pas sans rappeler un précédent du droit constitutionnel français, le mandat du peuple français à Louis-Napoléon Bonaparte du 20 décembre 1851 qui donne les pleins pouvoirs au prince pour faire une constitution (et qui débouche sur la constitution du 14 janvier 1852). Cependant, Laferrière émet deux objections à la comparaison<sup>4</sup>. D'une part, le mandat de Louis-Napoléon était limité, il contenait les bases sur lesquelles devait s'établir la future constitution (tandis que les indications contenues dans la loi du 10 juillet sont beaucoup trop générales selon ce dernier, la loi constitue un blanc-seing). Et, d'autre part, en 1851 la délégation émanait de la Nation, titulaire du pouvoir constituant originaire, alors qu'en 1940, elle émane de l'Assemblée Nationale. C'est précisément ce point qui fait dire à Roger Bonnard, tout comme à Georges Berlia, qu'il ne peut y avoir eu délégation de la compétence constituante<sup>5</sup>. Bonnard explique que l'Assemblée nationale possède un pouvoir constituant institué, c'est-à-dire l'exercice de la compétence constituante, et non le droit en lui-même. Si délégation il y a, ce serait donc celle de l'exercice du pouvoir. Mais cela se heurte à la thèse

---

<sup>1</sup> G. BERLIA, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *RDP*, 1944, p. 47.

<sup>2</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>5</sup> G. BERLIA, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *RDP*, 1944, p. 47 ; R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 81-83.

qu'une compétence – au contraire d'un droit – ne peut pas être déléguée ; elle ne peut être exercée que par son titulaire<sup>1</sup>. On remarque que ce sont sensiblement les mêmes arguments qui sont utilisés pour souligner l'illégalité, et pour la nier.

Georges Burdeau aborde le problème différemment. D'abord, il mentionne qu'il n'est pas certain que ce principe d'impossibilité pour une autorité de déléguer une compétence qu'elle tient de la constitution, s'applique à l'autorité constituante elle-même<sup>2</sup>. Cette dernière serait maîtresse de la constitution, et pourrait alors modifier les règles qui touchent à sa procédure de révision. Et, en définitive, le fait de remettre le pouvoir constituant au maréchal Pétain n'est, selon Burdeau, qu'une modification des règles de modification de la Constitution, de sorte qu'ici, il réfute la distinction entre pouvoir de révision – limité exercé par un organe constitué – et pouvoir constituant originaire, exercé par le peuple souverainement. Cette distinction « aboutit à ne voir la manifestation du pouvoir constituant que dans l'établissement révolutionnaire, c'est-à-dire en dehors de toute forme préalable, des constitutions »<sup>3</sup>. Or, c'est précisément une chose que l'on souhaite éviter en juillet 1940, afin d'asseoir le régime sur des bases légales, et de pouvoir considérer la Révolution Nationale comme émanant du peuple, mais sans intervention de celui-ci.

2 – La théorie de la déconstitutionnalisation. Une autre thèse, minoritaire, est exhumée – pour la rejeter – par Georges Berlia en 1944 et consiste en une interprétation parlementaire de la loi du 10 juillet 1940. Il s'agit d'une adaptation de la théorie de la délégalisation à la matière constitutionnelle, qui veut que certaines matières aient été déconstitutionnalisées, c'est-à-dire qu'elles ne relèvent plus du domaine constitutionnel, mais pas tout à fait non plus du domaine de la loi ordinaire<sup>4</sup>. En somme, il y aurait eu modification de l'ordonnancement de la hiérarchie des normes, explique Berlia, de sorte qu'au sommet se trouverait la loi constitutionnelle du 10 juillet, puis viendraient les Actes constitutionnels (comprenant les trois lois de 1875 et les Actes constitutionnels édictés par le maréchal Pétain), puis les lois ordinaires et enfin les décrets<sup>5</sup>. Selon cette théorie, une Assemblée Nationale pourrait révoquer les pouvoirs du maréchal Pétain, puisque c'est elle qui a édicté la loi constitutionnelle du 10 juillet<sup>6</sup>. Il ne peut cependant pas s'agir d'une déconstitutionnalisation totale. Dans ce schéma, l'Assemblée nationale, par le biais de la loi du 10 juillet, qu'elle édicte et qui constitue le sommet de l'édifice, est supérieure au chef de l'État, ainsi qu'aux Actes constitutionnels. La conséquence logique de cette thèse conduirait à dire que l'article 8 de la loi du 25 février 1875, relatif à la révision, ne peut être

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 83.

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 162.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>4</sup> G. BERLIA, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 48-51.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 50 : pour en arriver à cette interprétation il faut cependant interpréter, « suppléer au silence de l'Assemblée », contrairement par exemple au précédent de la loi du 14 avril 1884, qui est claire dans son énoncé.

abrogé, car il est le marqueur de la supériorité de l'Assemblée Nationale. Il se trouverait au sommet de l'édifice, au même niveau que la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. Et c'est là, pour Berlia, la faille principale de cette théorie<sup>1</sup>. Comment justifier que l'article 8 soit le seul rescapé de la déconstitutionnalisation ? Et, à l'inverse, s'il est déconstitutionnalisé, on ne peut pas justifier la supériorité de l'Assemblée ou le maintien de sa compétence constituante. Cette impasse entraîne pour l'auteur, le rejet de cette théorie

3 – La théorie de l'attribution de compétences. Berlia va donc se pencher sur la théorie mise en avant par Roger Bonnard, de l'attribution de compétences, qui constitue une interprétation autoritaire de la loi du 10 juillet 1940. Pour Bonnard, la loi constitutionnelle ne délègue pas, mais attribue le pouvoir constituant au maréchal Pétain<sup>2</sup>. Un pouvoir constituant a priori borné par les termes de la loi (création d'assemblées législatives, respect des droits du travail, de la famille et de la patrie, et ratification par la Nation). Le doyen de Bordeaux tire les conséquences de la thèse de l'attribution sur les conditions posées par l'exercice du mandat<sup>3</sup>. S'il y avait eu une délégation de pouvoir, les conditions susmentionnées auraient été obligatoires, et leur non-respect constituerait une violation de l'exercice du pouvoir constituant du maréchal Pétain. De plus, ce dernier aurait dû être borné par ces limites sans pouvoir les modifier. Or, dans le cas d'une attribution, le chef de l'État doit respecter ces conditions, mais peut cependant les modifier, et donc, s'il le souhaite, s'y soustraire.

Georges Berlia va réfuter cette thèse qui, selon lui, conduirait à une violation encore plus grave des principes constitutionnels de l'époque, que s'il s'agissait d'une délégation. En effet, selon son analyse, la délégation conduit à un abandon de l'exercice et de la jouissance du pouvoir exécutif aux mains du maréchal Pétain, et de l'exercice du pouvoir constituant à ce dernier (la jouissance restant aux mains de l'assemblée Nationale). Or, l'attribution conduit à l'abandon de la jouissance et de l'exercice à la fois du pouvoir exécutif et du pouvoir constituant en faveur de Philippe Pétain. Donc, selon cette logique, s'il est admis par la doctrine que l'Assemblée nationale ne peut pas abandonner l'exercice d'une compétence, il lui est encore moins permis d'abandonner à la fois, la jouissance et l'exercice de cette compétence<sup>4</sup>. En définitive selon Berlia « l'interprétation autoritaire de la loi du 10 juillet n'est pas plus acceptable que son interprétation parlementaire »<sup>5</sup>. Cette loi est donc illicite.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>2</sup> C'est une thèse que semble également reconnaître, au moins sur la forme, Georges Liet-Veaux, bien que ce dernier parle de *succession*, mais la réalité de ce qu'il décrit recoupe la définition de l'attribution de Roger Bonnard. Voir G. LIET-VEAUX, « la « fraude à la constitution » », art. cité, p. 140.

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 85.

<sup>4</sup> G. BERLIA, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 54-55.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 56.

4 – La théorie de la « fraude à la constitution ». Cette thèse, émise par Georges Liet-Veaux dans la *Revue du Droit Public* en 1943<sup>1</sup>, repose sur l'idée d'un changement de « l'esprit des institutions », malgré le respect apparent des formes constitutionnelles en vigueur<sup>2</sup>. Il s'inspire d'une théorie issue du droit privé, la fraude à la loi<sup>3</sup>. Selon lui, tout est d'apparence légale dans la procédure de la loi du 10 juillet, il n'y a pas de violation formelle de l'article 8 de la loi du 25 février 1875, Il existe bien une violation, mais elle ne tient pas à une quelconque délégation de compétence, et l'édiction des Actes constitutionnels par le maréchal Pétain est valide. Liet-Veaux affirme cependant qu'en réalité, « l'esprit de nos institutions, la structure même de l'État ont été bouleversés. Au point de vue matériel, il y a bien eu révolution »<sup>4</sup>. La violation tient en un rejet des conceptions fondamentales de la Troisième République. Les règles relatives à la révision de la constitution sont la traduction positive du fondement philosophique du pouvoir, explique l'auteur<sup>5</sup>. Dès lors, en abrogeant ces règles – comme l'a fait l'Assemblée Nationale le 10 juillet 1940 – l'organe constituant répudie les principes philosophiques qui les fondent, et par la même occasion, son pouvoir. Par cela, l'organe constituant abdique, et les règles de révisions qu'il pose meurent avec lui puisqu'elles deviennent sans fondement<sup>6</sup>. La « fraude » est en réalité le fait de l'Assemblée nationale, et la loi constitutionnelle du 10 juillet est juridiquement nulle.

#### *La légalité du gouvernement*

De cette analyse de la loi du 10 juillet 1940, certains, comme Roger Bonnard<sup>7</sup>, Georges Burdeau<sup>8</sup>, Joseph Barthélémy<sup>9</sup> ou encore Louis Delbez<sup>10</sup>, concluent à la légalité du gouvernement, et donc, à l'absence de révolution du point de vue juridique.

D'autres, et c'est notamment la thèse de Maurice Duverger<sup>11</sup>, considèrent la loi constitutionnelle comme juridiquement valide, mais les Actes constitutionnels comme un abus de pouvoir, au motif qu'ils n'ont pas été ra-

---

<sup>1</sup> G. LIET-VEAUX, « la « fraude à la constitution » », art. cité, p. 116 *sqq.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>3</sup> Le « procédé par lequel une personne « tourne » la loi, c'est à dire va à l'encontre du but de la loi, en viole l'esprit, tandis qu'elle en respecte la lettre. » G. LIET-VEAUX, « la « fraude à la constitution » », art. cité, p. 141.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>7</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 47 *sqq.*

<sup>8</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*

<sup>9</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, 1943-1944*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>10</sup> L. DELBEZ, « la révision constitutionnelle de 1942 », *RDP*, 1943, p. 93 *sqq.*

<sup>11</sup> M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP*, 1945, p. 73 *sqq.*

tifiés par la Nation<sup>1</sup>. Ainsi, la loi du 10 juillet ne serait qu'une modification de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. La constitution de la Troisième République serait toujours en vigueur et le régime de Vichy est un gouvernement de fait<sup>2</sup>, qui procède donc d'une révolution (qui prend date le 11 juillet 1940 à l'édiction de l'acte constitutionnel n° 1).

Enfin, les derniers ne reconnaissent pas la valeur juridique de la loi du 10 juillet. Parmi eux, se trouvent Julien Laferrière<sup>3</sup>, Georges Berlia<sup>4</sup> ou encore Georges Liet-Veaux<sup>5</sup>. Puisque la loi est illicite, les Actes constitutionnels ne sont pas juridiquement valides, et donc le gouvernement est constitué de fait, et non de droit. Il y a bien une révolution juridique, qu'elle consiste soit en une violation des principes constitutionnels par une délégation de compétence, soit en une violation de l'esprit même de la constitution<sup>6</sup>.

La thèse de l'illégalité du gouvernement n'est cependant pas nécessairement un marqueur de désaveu – explicite tout du moins – du régime. Mais cela permet de mettre en lumière les rapports ambigus entre rupture et continuité durant les périodes de changements constitutionnels. Rappelons que Bonnard écrit en 1942, dans un contexte où il y a peut-être un besoin de licéité et d'une certaine continuité juridique pour la légitimité du régime. On voit cela notamment au travers de la position de Georges Burdeau qui écarte la théorie de la délégation, en disant qu'elle ne permet de dégager du pouvoir constituant que d'une révolution populaire, alors que la Révolution nationale n'est pas le fait d'un renversement du gouvernement par le peuple. Berlia, pour sa part, écrit en 1944, dans un contexte politique certes tumultueux, mais où il est plus facile d'accepter la part de rupture que comporte le changement de régime. Ce dernier, en écrivant que les rédacteurs de la loi constitutionnelle échouent à en fonder la licéité, et qu'il y a « rupture de la licéité constitutionnelle entre le régime antérieur et celui qui, en fait, lui a succédé »<sup>7</sup>, souhaite simplement mettre en avant la part de rupture de la légalité inhérente à chaque révolution. Il souligne l'idée qu'il faut accepter un gouvernement de fait comme la transition nécessaire vers la future légalité constitutionnelle. Il conclut ainsi : « nos crises constitutionnelles ont souvent impliqué la formation de pareils gouvernements, et l'effort fait en 1940 pour assurer, par un suicide des institutions existantes, la permanence de la légalité constitutionnelle n'est pas nouveau ». Il s'appuie notamment sur le gouvernement provisoire de 1870 dit de la Défense nationale, qui ne reposait pas sur un vote régulier<sup>8</sup>. De même, Georges Liet-Veaux, lorsqu'il explique que la loi constitutionnelle est une fraude de la part de l'Assemblée

---

<sup>1</sup> On retrouvera cette idée plus tard chez Marcel Prélot et Jean Boulouis : M. PRÉLOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 1990, p. 546.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 88-89.

<sup>3</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*

<sup>4</sup> G. BERLIA, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 45 *sqq.*

<sup>5</sup> G. LIET-VEAUX, « la « fraude à la constitution » », art. cité, p. 116 *sqq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 143-146.

<sup>7</sup> G. BERLIA, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 56-57.

<sup>8</sup> *Ibid.*

nationale, ne nie pas le pouvoir constituant du maréchal Pétain, mais au contraire, lui reconnaît alors un pouvoir illimité. En conséquence, les limites imposées par l'Assemblée au maréchal sont nulles<sup>1</sup>. En définitive, la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que la période pendant laquelle ils écrivent s'apparente à une révolution, qu'elle soit marquée du sceau de la rupture juridique ou qu'elle soit, plus étonnamment, considérée comme une révolution légale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> G. LIET-VEAUX, « la « fraude à la constitution » », art. cité, p. 158-150.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 66.



## Section II – La Révolution Nationale

Le grand projet du gouvernement de Pétain consiste en une Révolution nationale. Le régime qui cherche à s'imposer a besoin d'affirmer son identité propre. Juridiquement, la légalité du gouvernement a fait l'objet de débats entre les doctrinaires du régime. Sur un plan politique en revanche, il est unanimement reconnu qu'une révolution a eu lieu en 1940. Notamment en ce que le régime de Vichy vient consacrer des principes nouveaux, condamne ceux qui ont dominés durant les deux siècles précédents. Cependant, si le consensus est clair dans le rejet des principes (§ 1), la construction de la notion de Révolution nationale n'apparaît pas aussi diaphane (§ 2).

### § 1. Effacer la Révolution française

Selon certains auteurs, la transition de 1940 constitue bien une révolution au sens étymologique du terme car « elle marque un renversement des principes jusque-là admis par notre droit public général »<sup>1</sup>. Par le rejet de la Révolution française, ces auteurs entendent aussi bien les principes qui en sont directement issus, que les legs postérieurs qui ont mûri dans le terreau de l'individualisme, du libéralisme et de la souveraineté nationale. Il y a donc rejet des principes philosophiques issus de la révolution de 1789, et, sur le plan politique, de la démocratie parlementaire.

#### *Le rejet de l'héritage philosophique*

Dès l'introduction de son cours de droit comparé, Joseph Barthélémy explique que la Constitution de 1875 était emplies des « tares innombrables d'un passé qui nous a valu ce présent tragique de 1944 ». Il s'agit là, pour celui-ci, de l'héritage des principes qui ont commencé à se développer à la suite de la Révolution de 1789. Trop de désir de jouissance, et pas assez d'esprit de sacrifice sont le résultat de cet héritage, selon Georges Burdeau<sup>2</sup>. En somme, l'individualisme, et le matérialisme, les principes « liberté, égalité, fraternité », le libéralisme économique, sont autant de concepts qui sont critiqués par la doctrine du régime.

Principe mortel pour l'homme et la société, de l'avis de Burdeau en 1942<sup>3</sup>, l'individualisme serait, selon un article du maréchal Pétain dans la *Revue Universelle* du 1<sup>er</sup> janvier 1941, « à l'origine des maux dont [le peuple français] a failli mourir... l'individualisme ne crée jamais de vertu créatrice... L'individualisme reçoit tout de la société et ne lui rend rien... La nature ne crée pas la société à partir des individus, elle crée les individus à partir de la société »<sup>4</sup>. Après avoir affirmé que ce dogme détruit les solidarités et conduit à l'égoïsme, Burdeau s'appuie à son tour sur le chef de l'État, disant que l'individualisme est une doctrine fautive, parce que « l'individu n'existe que par la famille, la société, la patrie, dont il reçoit,

---

<sup>1</sup> G. BERLIA, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 45.

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 175.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>4</sup> Cité par : M. PRÉLOT et J. BOULOIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, op. cit., p. 527.

avec la vie, tous les moyens de vivre »<sup>1</sup>. En somme, l'individu n'existe donc pas en soi, mais au sein de la société, de la communauté, qui lui a donné le jour, et il n'est pas isolé de celle-ci. Partant de là, s'ensuit une critique des droits subjectifs de l'individu, chez Burdeau. Lorsque l'individu prétend avoir des droits à faire valoir, l'ordre social n'est plus qu'un équilibre précaire entre des prétentions rivales. Tandis que dans le régime à venir, continue-t-il, l'homme n'a de droits qu'à la mesure du service qu'il peut rendre à la communauté. Dès lors, le syllogisme est le suivant : la société nouvelle ne doit contenir que des individus qui participent aux efforts de la communauté<sup>2</sup> ; or, l'individualisme est une doctrine qui conduit à un rejet du sens de l'effort<sup>3</sup> ; cette doctrine doit donc être rejetée de l'ordre nouveau.

Cette idée « d'effort » est fortement présente chez une partie des auteurs. Le contexte politique et social impactant ce constat. Partant de là, Burdeau rejette le matérialisme en arguant que le bonheur ne se trouve pas dans l'accomplissement, mais dans l'effort fait pour cet accomplissement<sup>4</sup>. Le vice inhérent du régime ancien était un trop grand matérialisme qui a débouché sur le culte de l'argent et de la jouissance immédiate. Autant de choses qu'il faut aujourd'hui mettre de côté ; tout comme les préceptes moraux « liberté, égalité, fraternité » et le libéralisme économique.

La liberté ne peut s'exercer « qu'à l'abri d'une autorité tutélaire » écrit Burdeau, citant Pétain<sup>5</sup>. Ce qui entraîne un double constat. Sur la forme, lorsqu'il est question des principes qui irriguent la politique nouvelle, les citations à l'appui des remarques de la doctrine sont très souvent celles du chef de l'État<sup>6</sup>. Sur le fond, ces remarques sur la liberté servent un projet pour leurs auteurs. Il explique qu'il ne faut pas considérer la liberté comme un concept abstrait (en cela il critique la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ainsi que les déclarations des droits<sup>7</sup>), mais comme une notion concrète, assortie d'une effectivité par l'État. L'idée est de promouvoir une autre conception de la liberté, entendue au sens corporatiste.

L'égalité devant la loi, proclamée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, doit, pour Burdeau, « tenir compte de leur inégale capacité, de la diversité de leur valeur et de leurs mérites »<sup>8</sup>. Cela s'oppose à la conception atomique de la société. Il s'agit plutôt de mettre en avant une idée de hiérarchie. Constat que rejoint Joseph Barthélémy, qui souhaite bannir l'égalité mathématique qui entraîne un nivellement par le bas de la société. Il faut donc « reconnaître la supériorité de ceux qui, par leur nature ou

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>2</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, 1943-1944*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 184-185 : Burdeau fait le constat selon lequel parmi les sources officielles de l'esprit du régime nouveau, se trouvent au premier rang les messages du Maréchal.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>8</sup> *Ibid.*

par leurs efforts sont en état de rendre au bien commun des services exceptionnels »<sup>1</sup>. C'est ce qu'il appelle une « égalité pondérée » – face à l'égalité mathématique – qui doit constituer le fondement de l'égalité devant la loi, tout en s'accommodant de la nécessité des élites<sup>2</sup>.

La fraternité est également critiquée en ce qu'elle implique l'idée de lutte des classes, qui est un principe inerte, selon Burdeau, qui ne peut concilier les intérêts antagonistes qu'il relève, pas plus que de faire triompher l'un d'entre eux<sup>3</sup>. La « fraternité véritable » est plutôt induite, pour ce dernier, dans « l'intelligente acceptation d'un ordre social de la perfection auquel tous les hommes doivent bénéficier »<sup>4</sup>, conférant par là une idée mécanique de la société.

Le libéralisme économique est entendu comme le culte de l'asservissement aux puissances de l'argent<sup>5</sup>. On retrouve ici les critiques principales des années qui précèdent la guerre<sup>6</sup> : dérèglement induit par le principe même, qui entraîne des tractations secrètes, un souci de maintenir les cours, un désir d'accroître sa richesse ; qui débouchent sur l'asservissement de la masse à quelques féodalités financières. Il préconise alors l'économie dirigée plutôt que le libéralisme.

#### *Le rejet de la démocratie parlementaire*

Le constat philosophique pourrait se résumer en une simple phrase, écrite par l'historien Johann Chapoutot : « La révolution nationale se veut une révolution contre la Révolution »<sup>7</sup>. Mais il se couple d'une critique politique, qui s'inscrit dans le prolongement de celle des principes de 1789, contre la démocratie parlementaire. Elle est ainsi synthétisée par Joseph Barthélémy en 1938 lorsqu'il traite du régime fasciste italien : « La prétention du fascisme est de dire au monde un “évangile nouveau”, comme les hommes de 1789, et cet évangile, c'est la contradiction directe de la démocratie et de la liberté démocratique »<sup>8</sup>. Soulignons que si ce dernier avait encore à l'époque une certaine foi en la démocratie libérale<sup>9</sup>, il se faisait déjà l'aristarque du parlementarisme. Selon lui, la carence du régime parlementaire et son impuissance à maintenir l'ordre public sont la cause de

---

<sup>1</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, op. cit., p. 77 : « Il ne faut pas confondre l'égalité avec son cousin dégénéré, l'égalitarisme ».

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 77-78.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 179.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 179-180.

<sup>6</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, op. cit., p. 176. Voir aussi : G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 179-180.

<sup>7</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, op. cit., p. 174

<sup>8</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 99.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 103 : « En présence de ces expériences, je reste plus que jamais résolument démocrate, incorrigiblement libéral ».

l'acceptation des régimes autoritaires en Europe<sup>1</sup>. En 1944, le contexte politique de la France a changé, et son jugement sur la démocratie représentative se fait plus aiguisé<sup>2</sup>. Cette critique s'inscrit dans la droite ligne des écrits vichystes de cette période, mais Barthélémy ne présente pas tel quel la démocratie comme foncièrement mauvaise. Roger Bonnard, pour sa part, dresse en 1942 un constat accablant de « l'inaptitude démocratique »<sup>3</sup>. Il existe, pour ce dernier, une antinomie propre à la démocratie. Il est contradictoire, explique-t-il, « que le titulaire du pouvoir soit en même temps l'objet de ce pouvoir », de sorte qu'une volonté qui se commande à elle-même est inenvisageable. Ainsi, selon l'auteur, un pouvoir transcendant – et non immanent comme celui issu de la démocratie – constituerait une forme plus pérenne de gouvernement, (le titulaire n'étant pas celui soumis au pouvoir). Ici il traite de la démocratie poussée dans sa logique absolue, qui, selon lui, équivaut à l'anarchie<sup>4</sup>. Toutefois, réintroduire un dualisme entre le sujet et l'objet du pouvoir dans la démocratie a été tenté. Cela en passant par deux voies : la personnification de la Nation, et le système représentatif. Mais, pour le doyen de Bordeaux, cela ne résout pas le problème, ou bien la démocratie disparaît (car les individus ne se gouvernent plus eux-mêmes en réalité), ou bien la confusion du sujet et de l'objet subsiste (car le système des représentants ne correspond en définitive pas à la réalité du peuple, et le représentant n'est pas titulaire du pouvoir politique comme ce pourrait être le cas avec la Nation)<sup>5</sup>. Il ajoute à cela le simple fait que tous les individus ne participent pas à la volonté qui gouverne dans un tel système (le phénomène de la minorité et les exclus, incapables ou indignes, qui sont soumis à la décision mais n'y contribuent pas). Enfin, le dernier point théorique qu'il remet en cause est la thèse rousseauiste de « l'infaillibilité démocratique », c'est-à-dire le peuple pouvant se gouverner lui-même. Il s'agit, pour lui, d'une croyance fondée « ni en raison, ni en expérience, et qui ne procède que du sentiment de l'illusion et d'un optimisme inconsidéré »<sup>6</sup>. Cette croyance entraînerait alors les individus à se préoccuper de leur intérêt particulier et non de l'intérêt général, ainsi qu'à préférer l'assistance à la prévoyance, ce qui entraîne le triomphe de l'égoïsme. La conséquence est l'inaptitude du peuple à se gouverner lui-même.

Cette critique de la démocratie se double d'un volet institutionnel, qui consiste en une appréciation peu flatteuse de la Troisième République. La plupart des auteurs vichystes s'accordent à dire que le régime précédent ne fonctionnait pas, et donc que l'autoritarisme constitue une solution<sup>7</sup>. Bon-

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 102-103.

<sup>2</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, 1943-1944, op. cit.*, p. 105 et p. 182. Il souligne en effet que selon lui le temps des constitutions démocratiques au domaine *étriqué*, qui *ignoraient systématiquement les réalités les plus importantes de la vie collective* est terminé.

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 258.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 177-179.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>7</sup> Voir : G. LIET-VEAUX, « la « fraude à la constitution » », art. cité, p. 134 ; R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 308.

nard accorde quelques pages de son article de 1942 aux « aggravations de l'inaptitude démocratique » dans lesquelles il explique ce qui a fait empirer le mauvais fonctionnement des régimes démocratiques<sup>1</sup>. Georges Burdeau est plus modéré dans son analyse. Il note que les tares du régime antérieur ne viennent pas tant de la Constitution ou des institutions, car le régime n'est pas mauvais en soi, mais de la manière dont elles furent mises en œuvre<sup>2</sup>. Il souligne en substance les dérives du système (démagogie, avilissement de l'esprit civique etc.), mais il se penche surtout sur les vices inhérents au fonctionnement de la Troisième République<sup>3</sup>. Il en dégage l'absence d'autorité, l'absence de responsabilité et, en conséquence, l'impuissance du Parlement à légiférer efficacement<sup>4</sup>. Cela conduit au même constat que Roger Bonnard : la nécessité d'un régime d'autorité. Au fond, on retrouve ici une contestation de l'idée qui a mûri durant le siècle suivant la Révolution française, idée selon laquelle c'est un parlement qui est le plus à même de représenter la Nation. Or, ce que semblent réfuter ces auteurs, c'est justement le monopole de cette capacité de représentation par l'organe parlementaire. Selon eux, un chef serait aussi bien à même d'exercer ce rôle<sup>5</sup>. La Révolution nationale se veut donc le contre-pied de celle de 1789.

## § 2. Construire la Révolution nationale

Insister sur la part de rupture que comporte une révolution c'est, après avoir dressé le bilan de ce qui a été détruit, mettre en lumière ce qu'on veut reconstruire. La Révolution nationale est une rupture, avec les principes et le régime que nous avons évoqués ci-dessus. La difficulté tient à ce qu'elle ne doit pas être ressentie comme telle, ou tout du moins elle doit être – pour être plus aisément acceptée – l'aboutissement d'un processus logique et nécessaire. Dès lors, la doctrine va jouer sur ce clair-obscur constant, entre rupture et continuité, mais loin de contribuer à l'élaboration d'un système cohérent, cela va plutôt brouiller le langage.

Il faut ajouter à ce constat que la Révolution nationale n'est pas, comme on pourrait être amené à le penser, celle d'un homme, le maréchal Pétain. Elle est le réceptacle de courants disparates, parfois antinomiques, souvent incertains. Elle se veut l'idéologie d'un régime qui peine, lui-même, à se trouver une identité<sup>6</sup>. Il ne semble pas qu'il y ait un mouvement unifié affilié à la Révolution nationale, mais plutôt une nébuleuse d'idées ou

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 260-279. Il traite notamment de la politique interventionniste des États, de la déformation des partis politiques et de la déformation du régime représentatif.

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 150. De plus il ne semble pas y avoir à cette époque chez Burdeau, à l'inverse de Bonnard, de rejet de la souveraineté nationale. Voir : *Ibid.*, p. 59-65.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 150. S'attacher aux autres, explique-t-il, serait faire le procès de la démocratie. Il semble se défendre d'une telle entreprise.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 152-153.

<sup>5</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 229 ; G. BERLIA, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 46.

<sup>6</sup> J.-M. GUILLION, « La philosophie politique de la Révolution nationale », in J.-P. AZÉMA et F. BÉDARIDA *Le régime de Vichy et les français*, Fayard, 1992, p. 174.

d'auteurs, d'hommes politiques ou de personnes diverses, qui rassemble les déçus du régime républicain<sup>1</sup>. Il ne recouvre donc pas uniquement des pétainistes convaincus, mais également des mouvements aux influences diverses. Parmi ceux-ci, on retrouve notamment<sup>2</sup> la critique contre-révolutionnaire de Joseph de Maistre, le catholicisme social de René de La Tour du Pin et Albert de Mun, ainsi que le mouvement corporatiste qui l'accompagne, le nationalisme de la terre et des morts de Maurice Barrès, la xénophobie et l'antisémitisme de l'action française de Charles Maurras, et l'esprit ancien combattant des Croix-de-Feu du Colonel de La Roque. Dans les influences institutionnelles du maréchal Pétain, on peut noter aussi le juriste André Tardieu et les polytechniciens du groupe X-Crise (en faveur d'un dirigisme économique).

En pratique, cela s'illustre par la disparité des membres du gouvernement de Vichy. François Goguel résume la chose ainsi : « Entre un Laval, un Darlan, un Pucheu, un Abel Bonard, un Maurice Gabolde ou un Paul Marion, et un Philippe Pétain (ou ce qu'il en restait), un Joseph Barthélémy, un Jacques Leroy-Ladurie ou un Pierre Caziot il n'y avait en réalité rien de commun »<sup>3</sup>. Ainsi, la nature syncrétique de ce mouvement déteint sur la production théorique des juristes de l'époque. Les auteurs proprement constitutionnels peinent alors à inscrire, dans le débat, leur idée de Révolution nationale. Il découle de cela un langage incertain, dithyrambique et parfois flou, sur cette notion, à l'image de cette définition qu'en donne, de prime abord, Roger Bonnard. La Révolution nationale serait « le souffle irrésistible d'une indicible émotion qui a saisi le pays tout entier au moment de l'armistice des 22 et 24 juin 1940 et qui a mis les dirigeants du régime dans l'impossibilité morale de continuer à gouverner »<sup>4</sup>. Après quoi « le maréchal Pétain a surgi. Il s'est dressé à l'appel de sa conscience, se sentant fort de son prestige et de sa gloire, dans le légitime orgueil de sa valeur et de son autorité »<sup>5</sup>. Georges Burdeau tire de cela des conséquences politiques non moins ambiguës. Selon lui, la Révolution nationale n'est pas terminée, elle est à faire, dès lors il faut maintenir le pays « dans cet état de tension qu'exige une ère révolutionnaire et que peuvent éviter les gouvernements calmes »<sup>6</sup>. Ce qui veut dire que si le contexte est incertain, il faut, pour ce dernier, que l'ensemble de la communauté ait une confiance aveugle dans le chef, et que les individus soient prêts à lui pardonner ses erreurs et ses ap-

---

<sup>1</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>2</sup> Pour le détail des éléments qui suivent : *Ibid.*, p. 271. Voir également : G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 183-184.

<sup>3</sup> F. GOGUEL, « Notices bibliographiques : Joseph Barthélémy – Ministre de la justice. Vichy, 1941-1943. Mémoires », *Revue Française de Science Politique*, n° 4, vol. 39, 1989, p. 592.

<sup>4</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 67.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 166-167.

proximations<sup>1</sup>. Dans l'ordre constitutionnel, cela veut dire qu'en l'absence d'atmosphère stable favorable à l'élaboration d'une constitution définitive, il faudra attendre une pacification de la situation. Mais surtout, pour Burdeau, cela veut dire que le gouvernement n'est pas lié par des directives quelconques relatives à la révolution, puisque c'est lui qui la réalise<sup>2</sup>.

En marge de cela, il est néanmoins possible de retracer la piste d'une construction doctrinale de la Révolution nationale qui appartiendrait au droit constitutionnel de Vichy. Il incombe aux auteurs du régime d'essayer de systématiser les changements qui s'opèrent, afin d'asseoir l'autorité de l'État en gestation.

Marcel Prélot et Jean Boulouis émettent à ce propos une critique majeure, d'une démarche qui consiste à « substituer aux atroces réalités de l'occupation l'image de l'État rénové par la "Révolution nationale" »<sup>3</sup>. L'objectif des auteurs vichystes consiste, en effet, en une tentative d'élaboration de ce que devrait être la révolution qui s'opère, ou du moins ce qu'il leur semble qu'elle est, compte tenu des objectifs affichés par le maréchal Pétain. Car la Révolution nationale est également, et avant tout, un programme politique, qui est résumé ainsi par Philippe Pétain dans son allocution devant le Conseil d'État du 19 août 1941 :

La réforme ministérielle ne me satisfait pas. Je veux par surcroît la réforme morale, je veux assurer à mes compatriotes le réconfort des certitudes éternelles, la vertu dont j'ose dire le nom démodé, la Patrie, la discipline, la famille et ses mœurs, la fierté, le droit et le devoir du travail<sup>4</sup>.

C'est pourquoi la construction doctrinale de la Révolution nationale n'est pas neutre, et sert tout entière ce programme politique<sup>5</sup>.

Est mise en avant l'idée d'une révolution légale et pacifique. C'est un avis exprimé essentiellement par Roger Bonnard<sup>6</sup>, auquel Georges Burdeau semble se rallier<sup>7</sup>. Si, pour le doyen de Bordeaux, la plupart des révolutions sont violentes et illégales, c'est le contraire pour celle de 1940<sup>8</sup>. Il semble en effet, pour ce dernier, que si les révolutions démocratiques sont *nécessairement* illégales, les révolutions autoritaires, elles, ne le sont pas forcément. Et ce, car le peuple, explique-t-il, sent que le régime démocratique ne peut plus

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 167 : « Faire une révolution, cela implique des tâtonnements, des corrections, du provisoire, tout ce qu'exigent, en somme, l'enthousiasme et la foi, et que la routine permet d'éviter ».

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>3</sup> M. PRÉLOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 530.

<sup>4</sup> p. PÉTAÏN, J. BARTHÉLÉMY, *Allocution prononcées par M. le maréchal Pétain et par M. Joseph Barthélémy devant le Conseil d'État, Assemblée Générale du 19 août 1941 à Royat, Clermont-Ferrand, 1941*, p. 5-6.

<sup>5</sup> G. LIET-VEAUX, *La continuité du Droit interne, essai d'une théorie juridique des Révolutions*, Sirey, 1942, p. 82 *sqq.*, l'auteur distingue ici la révolution constitutionnelle, celle de juillet 1940, à la révolution politique, la « Révolution nationale ».

<sup>6</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 52 et p. 67.

<sup>7</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 157.

<sup>8</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 52.

fonctionner et doit être remplacé par un régime autoritaire. Une révolution légale est celle qui va mettre en œuvre le pouvoir constituant institué<sup>1</sup>. Tandis qu'une révolution illégale consiste, pour ce dernier, en une destruction, soit par émeute populaire, soit par coup d'État, des organes existants. Le pouvoir constituant va, dès lors, émaner d'une instance sans habilitation<sup>2</sup>. On comprend alors mieux pourquoi penser en termes de légalité permet de consacrer la rupture, sans toutefois rompre la continuité du régime, et donc sa légitimité. L'État vichyssois devenant le digne – et nécessaire – successeur du régime terni de la veille. Il est néanmoins possible de constater, partant de l'examen qui a été fait de la loi du 10 juillet 1940 et des Actes constitutionnels édictés par le maréchal Pétain, que cette légalité ne fait pas l'unanimité.

En revanche, un point de convergence de la doctrine consiste à dire qu'il s'agit d'une révolution autoritaire. Nous reviendrons plus en détail sur ce que contient le principe autoritaire de l'État nouveau<sup>3</sup>, mais il convient de constater que le tournant autoritaire que prend, en droit, la France avec la révolution de 1940, est majoritairement reconnu. Georges Burdeau parle de *révolution par le haut*<sup>4</sup> et consacre des points de son cours à la forme autoritaire que prend le régime. De même, Roger Bonnard explique que, par les Actes constitutionnels n° 1 et n° 2, le système de gouvernement bascule dans une concentration des pouvoirs et octroie de droit une forme autoritaire au régime (qu'il avait déjà commencé à adopter de fait)<sup>5</sup>. De surcroît, la section troisième de son article dans la *Revue du Droit Public* de 1942 est dédiée à « l'État autoritaire ». Cette forme autoritaire doit entraîner un tournant oligarchique, selon Joseph Barthélémy, qui constate que « ceux qui ont charge de préparer l'œuvre de l'autorité qui exerce en droit le pouvoir constituant, devront être également peu nombreux ». On retrouve également cette idée du principe d'autorité comme vecteur de la révolution nationale chez Louis Delbez<sup>6</sup>, et chez Maurice Duverger qui, au sortir de la guerre en 1945, dans un article dans la *Revue du Droit Public* traitant de la légitimité des gouvernements de fait, consacre une partie de son propos à la légitimité en tant qu'elle est nécessaire à l'exercice de l'autorité<sup>7</sup>. Un constat s'établit, celui de la difficulté, à cette date, de tenter une approche de l'autoritarisme. Dans un article de la *Revue du Droit Public* de la même année, Robert Pelloux, dans sa « Contribution à l'étude des régimes autoritaires contemporains » indique qu'il ne traitera pas de Vichy, le sujet étant trop récent dans le temps pour qu'il se risque à l'aborder<sup>8</sup>. Georges Berlia, enfin, lie les deux

---

<sup>1</sup> Comme il a été vu dans la partie I, chap. I, Sect. I de ce propos.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 53.

<sup>3</sup> Voir dans ce propos partie II, chap. I, sect. I.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 165.

<sup>5</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 75-76.

<sup>6</sup> L. DELBEZ, « la révision constitutionnelle de 1942 », art. cité, p. 93 et p. 96.

<sup>7</sup> M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *RDP*, 1945, p. 74.

<sup>8</sup> R. PELLOUX, « Contribution à l'étude des régimes autoritaires contemporains », *RDP*, 1945, p. 334.



thématiques principales de la Révolution nationale, dans son article dans la *Revue du Droit Public* de 1943, où il explique qu'elle prend à contre-pied les principes qui valaient précédemment, en consacrant la multiplication des corps intermédiaires et le renforcement de l'autorité de l'État<sup>1</sup>.

Le second point de convergence de la doctrine est la forme communautaire de la société qu'implique la révolution, en opposition avec l'individualisme dominant auparavant. Dès l'introduction de son article, Georges Liet-Veaux explique qu'il ambitionne de traiter des « trois grandes révolutions communautaires » que sont celles de l'Allemagne, de l'Italie et de la France<sup>2</sup>. De son côté, Roger Bonnard établit le même constat dans un bulletin bibliographique de la *Revue du Droit Public* de la même année – 1943 – où il présente une compilation de textes de prisonniers de guerre sur le droit allemand<sup>3</sup>. Il évoque la réforme nationale-socialiste, thème de l'ouvrage, qui est politique (l'État devient autoritaire) et sociale (la société devient communautaire), dans un parallèle appuyé à la Révolution nationale. Il était déjà possible de remarquer une certaine fascination académique pour le thème de la communauté, dans son ouvrage : *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*<sup>4</sup> publié en 1939. Le communautarisme français reste cependant assez éloigné de la *Gemeinschaft* nationale-socialiste, et bien plus proche du corporatisme<sup>5</sup>, guidé par les principes directeurs de la formule « travail, famille, patrie ». L'autorité, au sein de la communauté, semble donc le programme qu'ambitionne d'entreprendre la Révolution nationale. La doctrine partisane de l'époque se fait alors l'écho, au travers des écrits constitutionnels, des changements souhaités de la forme du pouvoir et de la société.

---

<sup>1</sup> G. BERLIA, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 46. L'auteur semble d'ailleurs nuancer son propos en précisant qu'il s'agit avant tout d'une opposition de principe avec l'ordre ancien, mais que dans les faits elle serait peut-être moins prononcée.

<sup>2</sup> G. LIET-VEAUX, « la « fraude à la constitution » », art. cité, p. 116.

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Bulletin bibliographique », *RDP*, 1943, p. 362 *sqq.* L'ouvrage dont il est question est préfacé par Georges Ripert.

<sup>4</sup> R. BONNARD, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, LGDJ, 1939. Voir notamment ici les p. 60 *sqq.*

<sup>5</sup> Voir à ce propos partie I, chap. II, sect. I, § 2.

## Chapitre II – La société et le pouvoir

Le second aspect qui confine à la déconstruction, chez les auteurs vichystes, concerne la société, et le pouvoir qui s'exerce au sein de celle-ci. Il s'agit de mettre en avant un nouvel idéal social, axé sur la communauté plutôt que sur la Nation (Section I). L'acception du sens de cette notion de communauté recouvre une définition particulière chez ces auteurs, qui, si elle s'inspire parfois des modèles européens contemporains, possède néanmoins un sens propre qui se dégage des écrits vichystes. On retrouve à son sommet un élément commun : le chef (Section II). Ces deux éléments vont servir de base aux auteurs pour expliquer la rupture entraînée par la Révolution de 1940, et le passage supposé à un ordre nouveau. Ils ne sont cependant pas exempts d'imprécisions.

### Section I – Les fondements de la nouvelle société communautaire

Il est important, pour les auteurs de l'époque, de préciser que le régime de Vichy, tout en rejetant l'individualisme, ne se dirige pas vers un modèle de type totalitaire. Le communautarisme est présenté comme une troisième voie, une issue entre société libérale et société totalitaire. Abandonner l'individualisme, sans aller vers l'étatisme ou le communisme, dans un système qui, comme le définit Barthélémy, « sous un contrôle à définir appartenant à l'État, se propose d'organiser la nation considérée non point de ses individus, mais dans ses forces de production de travail, d'activités diverses et d'échanges »<sup>1</sup>. Partant de là, certains auteurs élaborent leur vision de la société communautaire, fondée sur le corporatisme (§ 1). Il est possible alors de comparer la communauté, dans sa définition française d'alors, aux principaux modèles européens de la même époque (§ 2), auxquels les auteurs font parfois référence, pour appuyer leurs théories.

#### § 1. La communauté et le corporatisme

Le principe communautaire signifie, selon Georges Burdeau, que le Pouvoir<sup>2</sup> dans l'État a pour objectif de traduire dans l'ordre juridique positif l'idée de droit qui se dégage « des aspirations et des intérêts de la collectivité nationale envisagée dans son originalité et dans l'union spirituelle de ses membres, c'est à dire en tant que communauté »<sup>3</sup>. Il ne s'agit plus, dès lors, de la satisfaction d'intérêts égoïstes, des prétentions individualistes de la philosophie des révolutionnaires de 1789, explique-t-il, mais de « l'avènement des valeurs morales et matérielles auxquelles tous seront appelés à participer »<sup>4</sup>. Le mot *tous*, il est important de le préciser, se réfère justement à la communauté. Il ne s'agit donc pas de tous les individus, mais

---

<sup>1</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, op. cit., p. 183.

<sup>2</sup> Le « Pouvoir », assorti d'une majuscule, s'entend ici au sens de Burdeau, comme puissance d'exécution du Droit, c'est-à-dire la force qui va mettre en œuvre l'idée de droit, et qui pourra se matérialiser par l'État. Voir G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, op. cit., notamment p. 441 pour un résumé sur la notion de Pouvoir.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 223.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 223-224.

seulement des membres qui appartiennent au groupe. Sont donc exclus les inadaptes, et inassimilables au régime<sup>1</sup>. La révolution communautaire doit être orientée, selon Burdeau, vers un but particulier : le Bien commun. « Le Bien commun que nous envisageons doit pouvoir servir de pierre angulaire à un régime communautaire » précise-t-il ainsi<sup>2</sup>. On retrouve une idée similaire chez Joseph Barthélémy, qui énonce que « si on prétend bouleverser l'ordre ancien des choses pour instituer un ordre nouveau, c'est évidemment en vue d'assurer plus de tranquillité, de pain, et pour dire enfin le mot, plus de bonheur pour le plus grand nombre des hommes ». Dans son cours de droit constitutionnel, Burdeau vient préciser, sur le plan pratique, les trois principes qui guident l'action de cette révolution. Il s'agit de ceux contenus dans la loi du 10 juillet 1940 : le travail, la famille, et la patrie<sup>3</sup>.

« Le travail répond à la loi de la nature que rien ne s'obtient sans effort ». L'auteur souhaite appuyer, ici, un changement de conception, bannir l'oisiveté – il insiste fortement sur le fait que l'oisiveté était l'une des tares principales du régime précédent<sup>4</sup> – et mettre en avant la nécessité de la hiérarchie. On retrouve également cette idée chez Barthélémy<sup>5</sup>, qui dit que « L'homme n'a de valeur que par son travail »<sup>6</sup>, ce qui signifie, pour ce dernier, de se diriger vers une organisation corporative. Ensuite est vantée l'importance de la sphère familiale, centrale dans la vision communautaire de Burdeau : « la famille est par excellence la cellule sociale »<sup>7</sup>. Il est donc nécessaire, pour lui, de mettre en avant deux volets de la famille : sur le plan pratique, une politique de forte natalité, et sur le plan spirituel, glorifier les valeurs familiales. C'est un constat que rejoint Joseph Barthélémy, mais qu'il tempère néanmoins. S'appuyant sur le chef d'État du Portugal, Salazar, il précise que s'il faut soutenir la famille, il serait dangereux de supprimer ses responsabilités, pour ne pas créer un providentialisme d'État<sup>8</sup>. Enfin, la patrie est mise en avant, de sorte qu'il ne s'agisse pas simplement de l'amour du pays, explique Burdeau, mais d'une « façon d'agir et de penser qui subordonne les intérêts privés à l'intérêt national » afin de vanter le sens de la communauté<sup>9</sup>. Ce patriotisme, nécessairement teinté d'un nationalisme exacerbé, n'en reste pas moins ambigu, du fait de l'occupation allemande de la France. L'occupant va d'ailleurs s'employer à insuffler une flamme nationale, dans l'objectif de vivifier la haine des ennemis de l'Axe. Cela passe, par exemple, par la mise en avant des figures de Jeanne d'Arc ou de Napo-

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 189. Burdeau note ainsi : « Il faut d'abord éliminer ou mettre hors d'état de nuire les éléments étrangers ou douteux qui s'étaient introduits dans la communauté nationale ».

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État. Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, LGDJ, 1943, p. 53.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 186 *sqq.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>5</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 77.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 187.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>8</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 100.

<sup>9</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 188.

léon, par l'appel aux souvenirs de Dunkerque ou Mers el-Kébir, autant de symboles qui évoquent la rivalité avec le Royaume-Uni<sup>1</sup>. Mais, contrairement au troisième Reich, qui envisage l'idée d'une supranationalité allemande<sup>2</sup>, il ne semble pas qu'il y ait un tel projet parmi la doctrine publiciste de Vichy. Tout au plus est-il possible de relever quelques tentatives isolées de ce type, tel Lucien Coquet, qui, dans un fascicule de 1943, expose les buts d'une union européenne, et vante les mérites de la supranationalité et de l'amitié franco-allemande<sup>3</sup>. Simplement, il ne s'agit que d'un écrit isolé et sans grande portée. De manière plus globale, la doctrine ne semble pas nourrir d'ambition européenne. De surcroît, la mise en avant de ce patriotisme vichyssois dans les écrits tranche avec la réalité : l'invasion de la totalité de la France par l'Allemagne dès novembre 1942, et la concurrence d'un autre concept de patriotisme, mis en avant par la France libre<sup>4</sup> sont laissés sous silence par les auteurs.

L'idéal communautaire alors vanté présuppose nécessairement un ensemble de devoirs car il est important pour ces auteurs d'insister sur la notion de devoirs, plutôt que sur la notion de droits. Barthélémy évoque à ce titre le principe de « l'universelle réciprocité des devoirs » d'Auguste Comte<sup>5</sup>. Barthélémy insiste sur l'idée que l'individu naît débiteur de la société, en raison de la sécurité qu'elle lui apporte, et des bénéfices dont elle lui permet de jouir. Pour lui, une vie entière ne suffirait pas à s'acquitter de cette dette. C'est pour cela que l'individu a des devoirs envers l'État. Mais l'État a également des devoirs, envers la société – et non l'individu isolément – dont le principal est le respect de la personne humaine, explique-t-il<sup>6</sup>. Barthélémy semble vouloir se rapprocher ici, d'une certaine façon, du personnalisme. Il définit d'abord cela comme une moralité de gauche, individualiste, s'opposant au fascisme et au communisme totalitaire. Mais il renverse le paradigme, en attribuant à Joseph de Maistre une certaine forme de personnalisme, car ce dernier reconnaissait comme allant de soi « l'autonomie de la personne humaine respectée »<sup>7</sup>. S'appuyant là-dessus, il s'emploie alors à définir son propre personnalisme, pour le purger de l'individualisme encombrant qu'il contient ordinairement. Il faut alors éviter de faire « de la personne un absolu, un microcosme en révolte contre la société, une cellule anarchique, l'homme seul »<sup>8</sup>. La clé de lecture de son personnalisme part du postulat suivant : l'homme n'existe pas, car il est essentiellement une réalité communautaire. Il fait partie de la société dès sa nais-

---

<sup>1</sup> Voir à ce propos J.-R. SURATTEAU, *l'idée nationale, de la révolution à nos jours*, P.U.F., 1<sup>e</sup> éd. 1972, p. 190-191. Ou encore J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>2</sup> J.-R. SURATTEAU, *l'idée nationale, de la révolution à nos jours*, *op. cit.*, p. 191-192.

<sup>3</sup> L. COQUET, *Nationalité Européenne*, Les Editions Elcé, Paris, 1943, n.p.

<sup>4</sup> J.-R. SURATTEAU, *l'idée nationale, de la révolution à nos jours*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>5</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 49 *sqq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 51-52. Le danger d'un personnalisme classique serait d'amener une résurgence de l'individualisme du XVIII<sup>e</sup>, explique-t-il.

sance, donc totalement. Ainsi résumé, « L’homme ne s’exprime que dans la société. Il doit subir les servitudes de la société, et se soumettre aux lois de la cité : le respect de la personne n’empêche pas qu’elle soit soumise à l’obligation militaire, au devoir de guerre et aux châtements qui constituent la sanction de la désobéissance aux lois »<sup>1</sup>. Il ne s’agit néanmoins pas d’un communautarisme absolu qui est à l’œuvre ici. Joseph Barthélémy précise les limites qu’il entend enjoindre à l’absolutisme de l’État<sup>2</sup>. Principalement, il faut un nécessaire espace vital pour l’homme, assorti d’une protection juridictionnelle, c’est-à-dire le droit au secours d’un juge, et l’admission par l’État de sa responsabilité ainsi que de celle de ses fonctionnaires. Ainsi qu’une législation conforme au respect de l’homme, c’est-à-dire un système législatif fondé sur le primat de l’homme, et compris dans le cadre des principes « travail, famille et patrie ». Il convient de préciser que ces limites s’appliquent à l’individu qui appartient à la communauté. Par définition, les éléments qui en sont exclus ne peuvent être inclus dans ce schéma de pensée, puisque le personnalisme, comme le définit Barthélémy, traite bien de l’homme comme membre du corps social, dont il est indissociable par nature (qu’il le veuille ou non). On retrouve ici une parenté de pensée avec Georges Burdeau.

Burdeau, quant à lui, précise la place de la liberté dans la conception de l’idée de droit qui, selon lui, prévaut actuellement. La liberté, en tant que droit naturel, n’est pas un but social, puisqu’elle n’a qu’une valeur négative par rapport à l’État. « À la liberté, valeur sociale, se substitue la capacité, valeur juridique ». Dès elle n’est plus absolue, mais relative : « la liberté consiste alors à développer sans entrave une capacité utile à l’association »<sup>3</sup>. C’est vers ce but que se dirige également Louis Baudin, lorsqu’il explique que le mouvement qui se développe en France en faveur du corporatisme va dans le sens d’une limitation des libertés individuelles au profit des collectivités<sup>4</sup>. La vision communautaire du régime de Vichy s’apparente, en effet, à un glissement corporatiste du régime, qui est plutôt accepté parmi le corps des enseignants de droit<sup>5</sup>. En effet, si le glissement antisémite du régime ne fait l’objet que de commentaires descriptifs, ou de timides remarques, le corporatisme suscite en revanche une pleine adhésion parmi la doctrine constitutionnelle<sup>6</sup>.

Sur le plan pratique, il semble que Burdeau envisage la réforme des institutions politiques de la manière suivante. Celle-ci se manifeste par une transformation de l’ordre social communautaire, visant à envisager la socié-

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l’État, introduction à l’étude du droit constitutionnel*, op. cit., p. 87-88.

<sup>4</sup> L. BAUDIN, *Le corporatisme*, LGDJ, 1941, p. 131.

<sup>5</sup> A.-F. ROPERT-PRÉCLOUX, « Qu’enseignait-on à la faculté de droit de Paris ? », *Le Droit antisémite de Vichy*, dir. GROS (Dominique), in revue *Le genre humain*, éd. du Seuil, 1996, p. 413 sqq.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 425-427.

té « comme un tout organique »<sup>1</sup>. À cela s'ajoute la primauté du groupe et de sa hiérarchie, une direction de l'économie et une idée d'organisation<sup>2</sup>, une modification du statut des travailleurs et la volonté de revenir sur l'antagonisme entre capital et travail inhérent au libéralisme. Enfin, créer une mentalité nouvelle pour le travailleur et une réorganisation de la profession par l'institution d'une hiérarchie sociale, la constitution d'une élite nationale et la recherche systématique de la paix sociale<sup>3</sup>. En somme Burdeau propose une réforme corporative du système, et il n'est pas le seul à aller dans ce sens, car c'est est un trait majoritaire de la doctrine vichyste de considérer que le communautarisme de la société doit être un corporatisme. « Dans une mesure où il y a corporatisme, et non pas dix pour cent, je puis dire que ce système m'attire par son intention de paix sociale », déclare Joseph Barthélémy<sup>4</sup>. Mais ce corporatisme doit relever des plus hautes sphères de l'État, continue-t-il, c'est-à-dire de la politique constitutionnelle. Barthélémy explique que les constitutions passées avaient le défaut de consacrer une rupture, entre sphère constitutionnelle et société. C'est pourquoi le corporatisme doit s'employer à lier les deux domaines, le social et le constitutionnel. Lier les individus plus étroitement à la vie publique, de sorte qu'ils ne soient plus des sujets de droits, par nature, mais définis par leur fonction au sein de la corporation. Il va alors s'employer, dans son cours de droit comparé, à dresser les buts visés par la société corporative, ainsi que et les erreurs à éviter pour celle-ci<sup>5</sup>.

Barthélémy présente – de manière critique – les attentes que certains nourrissent à propos du corporatisme<sup>6</sup>. Il rejette l'idée d'un corporatisme qui engloberait l'intégralité de l'organisation constitutionnelle, en ce que l'ordre corporatiste ne comporte pas nécessairement l'antériorité et la supériorité de l'État sur la Nation. S'il se range en revanche derrière l'idée que cela entraînerait un renforcement de l'autorité, il fustige le fait que souvent, les promoteurs de cette idée sont ceux qui souhaitent exercer cette autorité. De même, la satisfaction de tous les désirs industriels et le monopole français pour la main d'œuvre lui semblent illusoire. Enfin, il rejette totalement l'idée d'un corporatisme d'Ancien-Régime<sup>7</sup>. Certains, selon lui, y voient le moyen d'un rétablissement d'une discipline morale, car le corporatisme renforcerait la famille. Or, explique-t-il, sous l'Ancien-Régime, famille forte et corporatisme coexistaient, mais le modèle familial dominant était celui de la famille paysanne, alors qu'il n'y avait pas de corporation paysanne. Il n'y a donc pas un lien si fort entre les deux idées, conclut-il. De plus, avec l'apparition de l'industrialisation, l'affaiblissement de la pensée chrétienne et la disparition de l'absolutisme royal, Barthélémy explique que les causes ne sont plus

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 200.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 200-204.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 204-209.

<sup>4</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, op. cit., p. 182.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 182 sqq.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 185-186.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 186.

réunies pour qu'il soit permis de revenir à la corporation d'Ancien-Régime, qui présente, de surcroît, des tares (la condition misérable des valets notamment)<sup>1</sup>. En revanche, l'objectif principal du corporatisme qui est mis en avant, et que l'on retrouve dans toutes les révolutions communautaires d'Europe à cette époque, est la négation de la lutte des classes. Cependant, la vision communautaire française présente des différences avec les autres modèles.

## § 2. Nier la lutte des classes, entre ressemblances et dissemblances européennes

Joseph Barthélémy dresse l'inventaire de ses attentes du régime. La corporation est communautaire, c'est-à-dire qu'elle crée une solidarité à l'intérieur de l'entreprise, puis de la corporation, et enfin de la communauté nationale. Partant de là, le rôle du communautarisme est de supprimer l'antagonisme des classes<sup>2</sup>. Néanmoins, il ne va pas jusqu'à annoncer de la fin de la condition prolétarienne, car selon lui, il s'agit là, la plupart du temps, d'une clause de style destinée à éveiller l'intérêt des classes pour faire adhérer à un discours. Cependant, il insiste sur un trait du corporatisme qui conduirait, à son avis, à la fin de la lutte des classes : la propriété de métier. S'il est des gens qui possèdent des actions, ou encore des offices, seuls les ouvriers n'ont rien. Le corporatisme que vante Barthélémy prétend alors leur donner quelque chose, un monopole du travail dans leur branche<sup>3</sup>. Un professeur d'économie sur lequel s'appuie Barthélémy<sup>4</sup>, Louis Baudin, consacre en 1941 un ouvrage au corporatisme. Inspiré par Roger Bonnard bien qu'il s'en détache, il développe l'idée selon laquelle le corporatisme est le moyen de lutter contre une vision marxiste de la société qui s'appuie un matérialisme historique. Il traite des dangers de l'esprit de classe<sup>5</sup> et de la nécessité d'une hiérarchie<sup>6</sup> qui s'impose à la société, mais qui peuvent constituer des risques pour le corporatisme, s'ils sont poussés à l'extrême. Il conclut donc, à l'instar de Barthélémy, à la nécessité d'un processus de transition vers une société corporatiste. Il met en avant l'importance de ce caractère nécessaire, quand bien même la transformation serait parfois injuste : « Une révolution, même si elle conduit à une amélioration, est source à la fois de souffrances, parce qu'elle ne donne à personne le temps de s'adapter aux conditions nouvelles, et d'injustices, parce qu'elle frappe indistinctement tout le monde »<sup>7</sup>. En définitive, Barthélémy explique qu'État et corporation sont liés mais non confondus. Les avantages de la corporation qu'il s'est employé à énoncer sont ceux, dit-il, promis par l'État. Cependant, il ne faut pas dépouiller l'État au profit de la corporation, ni verser dans l'excès

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 189-194.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 186-187.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>5</sup> L. BAUDIN, *Le corporatisme*, *op. cit.*, p. 114 *sqq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 120 *sqq.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 151.

inverse et les fondre totalement l'un dans l'autre, dans un étatsisme<sup>1</sup>. Le corporatisme de la doctrine vichyste, et par là la communauté que cette dernière souhaite promouvoir, présente des différences avec les modèles européens contemporains, bien que les auteurs s'appuient parfois sur ces modèles pour renforcer leurs raisonnements. Il s'agit principalement du modèle italien du fascisme et de celui allemand du nazisme, ainsi que du communautarisme portugais de Salazar.

Le corporatisme italien est présenté comme un syndicalisme<sup>2</sup>, de sorte qu'il serait possible d'imaginer ce modèle proche du syndicalisme français. Sous le régime de Vichy, un auteur comme Joseph Barthélémy n'exclut pas le syndicalisme de la corporation, au contraire, il l'incorpore totalement, sur le modèle suivant : la corporation défend les intérêts communautaires, et le syndicat défend les intérêts privés, de sorte que, selon Barthélémy, le syndicat revendique et la corporation statue sur ces revendications<sup>3</sup>. En réalité, le syndicalisme italien est totalement différent du modèle communautaire dont les auteurs de la France de Vichy se prévalent<sup>4</sup>. En effet, ce syndicalisme n'en a que le nom, mais en substance le communautarisme syndical fasciste est, selon Baudin, tout entier dirigé vers le corporatisme et revendique une négation de la lutte des classes ; tandis que le syndicalisme français ne serait pas *pré corporatif*, mais *anti corporatif*, c'est-à-dire dirigé vers la lutte des classes. Pour l'auteur, le syndicat exalte l'idée de classe et donc « empêche ses membres de se rendre compte de la nature et de la valeur des autres collectivités dont ils font partie »<sup>5</sup>. Néanmoins, Baudin traite ici du syndicat tel qu'il existe sous la Troisième République – et renforcé par l'essor de la lutte des classes dans les années 1930 – tandis qu'un auteur comme Joseph Barthélémy développe plutôt l'idée de ce que doit être le syndicat, en relation avec la corporation. Par ailleurs, Louis Baudin s'appuie beaucoup sur les idées développées par Roger Bonnard en 1937 dans son ouvrage *Syndicalisme, corporatisme, État corporatif*, sans toutefois en tirer les mêmes conclusions. Le syndicat est, selon les vues de Bonnard, un moyen pour aller vers un État corporatif<sup>6</sup>. Tandis que si Louis Baudin rejoint le constat de Bonnard, selon lequel il y a bien incompatibilité entre l'existence d'un régime corporatif et la lutte des classes, le système syndicaliste ne lui apparaît cependant pas le moyen d'atteindre un régime corporatiste<sup>7</sup>.

L'inspiration la plus flagrante est, sans aucun doute, dans la pensée de Roger Bonnard, le régime national-socialiste allemand. Il consacre à ce propos un ouvrage, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste* (la deuxième édition, revue et augmentée, date de 1939), dans lequel il applique

---

<sup>1</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 188.

<sup>2</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 100.

<sup>3</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 184.

<sup>4</sup> L. BAUDIN, *Le corporatisme, op. cit.*, p. 114.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>6</sup> R. BONNARD, *Syndicalisme, corporatisme et État corporatif*, LGDJ, 1937, Voir notamment p. 78-79.

<sup>7</sup> L. BAUDIN, *Le corporatisme, op. cit.*, p. 119.



des développements au principe communautaire de l'Allemagne nazie<sup>1</sup>. Il développe longuement la notion de *Volksgemeinschaft*, qui, schématiquement, décrit le peuple constitué en communauté. De la *Volksgemeinschaft*, et non de l'État, partent les rapports de droits. Cela fait dire à Bonnard qu'il n'y a plus la rupture qui existait entre l'individu et l'État, puisque l'État cesse d'être une personne juridique, les rapports de droits n'existent plus alors entre l'individu et l'État mais entre l'individu et la communauté<sup>2</sup>. Les individus faisant partie intégrante de la communauté, ils ne peuvent pas lui opposer les droits subjectifs qu'ils opposaient à l'État. L'individu a alors une situation juridique en tant que membre de la communauté, donc fonctionnelle, et non naturelle. « Ainsi tombe le libéralisme » conclut-il<sup>3</sup>. On retrouve ici le souci qu'a la doctrine de Vichy de construire un système où l'individu n'est pas face à l'État, mais incorporé dans l'État.

Ses observations lui permettent de faire une distinction entre le fascisme et le nazisme ici : dans celui-ci l'État, constitué juridiquement, précède la communauté, tandis que dans celui-là la communauté est centrale, et l'État découle d'elle<sup>4</sup>. Or, dans la pensée juridique de Vichy, la communauté est bien différente de la *Gemeinschaft*, dans le sens où, en Allemagne, celle-ci devient le concept clé et central du droit, elle surpasse l'État, tandis qu'en France la communauté existe conjointement à l'État, sous forme du modèle corporatif, mais n'est pas supérieur ou antérieur à celui-ci. Malgré le ton enthousiaste employé par Roger Bonnard<sup>5</sup>, la plupart des autres auteurs ne semblent pas partager cette fascination pour un communautarisme aussi poussé ; à l'image de Joseph Barthélémy qui se prononce en défaveur du parti unique<sup>6</sup> – il va plutôt dans le sens d'une absence de partis – et en faveur du syndicat plural<sup>7</sup>. De même, Burdeau développe dans ses thèses un corporatisme d'État, mais éloigné du sens que prend la communauté dans l'idiote nazi<sup>8</sup>. On ne trouve pas en effet chez les auteurs de Vichy, un quelconque projet qui tendrait à s'appuyer sur la communauté pour « régénérer l'homme »<sup>9</sup>. La communauté au sens vichyste a plutôt pour finalité, outre la réforme corporative de la société, d'appuyer l'autorité du chef de l'État sur un fondement hiérarchique : avec un chef qui dirige et une communauté qui le suit. On note une autre différence entre le régime français et

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, op. cit., p. 23 sqq., en ce qui concerne ses développements sur la notion de peuple – le *Volk* – et p. 60 sqq., en ce qui concerne la notion de communauté – La *Gemeinschaft*.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 63 sqq. Voir encore R. BONNARD, « Bulletin bibliographique », art. cité, p. 363, où l'auteur présente le régime national-socialiste comme à la fois anti-collectiviste et anti-individualiste, en tant que régime communautaire.

<sup>6</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, op. cit., p. 70.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 71 sqq.

<sup>8</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 260-266.

<sup>9</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, op. cit., p. 199 sqq.

le régime allemand : un État constitutionnel précède la personne du chef, de sorte que les relations légales-rationnelles en son sein doivent être conçues comme fonctionnelles et non personnelles, ce qui n'est pas le cas sous le Troisième Reich<sup>1</sup>. Dans le Reich, c'est la communauté qui fonde l'État, et non le droit public. En ce qui concerne le régime de Vichy, le cas est plus ambigu. Si l'on considère le gouvernement comme légalement constitué par la loi du 10 juillet 1940, et les Actes constitutionnels, alors le droit constitutionnel précède la personne du chef, dans ce cas, le gouvernement est fondé sur du droit constitutionnel. Si on considère que le gouvernement est illégal – et donc constitué de fait – ou simplement que ce dernier repose sur l'autorité du maréchal, il serait aisé de penser que la personne du chef précède le droit, et donc que le gouvernement de Vichy présente des similitudes avec l'Allemagne. Or, même dans ce cas, il semble au contraire, que la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître la nécessité d'un État juridiquement constitué, et donc la prévalence du droit public. Par exemple, si Burdeau conçoit que la rigidité constitutionnelle est réduite à son minimum en France en 1942, il concède que la constitution de 1875 est toujours en vigueur, complétée par les Actes constitutionnels édictés par le maréchal Pétain<sup>2</sup>, et il ajoute qu'il faudra, lorsque la situation sera plus paisible, édicter une constitution définitive<sup>3</sup>, pour asseoir l'État sur des bases constitutionnelles donc. De même, Joseph Barthélémy se range, dès l'introduction de son cours de droit constitutionnels comparés, derrière l'idée de la nécessité pour l'État de se doter d'une constitution<sup>4</sup>, et tente d'élaborer les éléments constitutifs qu'il faut que cette nouvelle constitution contienne<sup>5</sup>. Ainsi, selon ces conceptions, la communauté, en France, est intégrée à l'État mais ne le fonde pas ni ne le surpasse.

La source d'inspiration doctrinale qui semble alors la plus féconde pour les auteurs de Vichy, et notamment Joseph Barthélémy, est le modèle portugais de Salazar. Barthélémy explique qu'à l'instar de la doctrine de Vichy, Salazar ne veut pas d'un corporatisme inspiré du matérialisme historique. Lui aussi rejette les doctrines marxistes et la lutte des classes<sup>6</sup>. Il cite également le chef de l'État portugais à l'appui de la construction méritocratique sur laquelle il estime que la société communautaire doit se fonder : « J'estime qu'il est plus urgent de constituer de vastes élites que d'apprendre à lire à tout le monde »<sup>7</sup>. Joseph Barthélémy évoque encore Salazar lorsqu'il doit justifier son raisonnement sur le modèle corporatiste, pour lequel il attend un appui de l'État, sans que cela prenne la dimension d'un étatisme. Le chef de l'État Portugais dit alors que « L'État a le droit d'organiser, d'harmoniser et de contrôler toutes les activités nationales, sans

---

<sup>1</sup> O. JOUANJAN, « Qu'est-ce qu'un discours “juridique” nazi ? », *Le Débat*, 2014/1, n° 178, p. 171.

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 163-165.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>4</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 6 *sqq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 77.

s’y substituer » ; la corporation n’est alors pour ce dernier que la solution « grâce à laquelle l’État peut tirer bénéfice de toutes les forces productives, en maintenant les principes de la propriété privée, de l’initiative individuelle, de la concurrence modérée et usant de son autorité pour réprimer les abus »<sup>1</sup>. Barthélémy se range derrière cette opinion, qui traduit à la fois la ressemblance qu’il voit entre les corporatismes portugais et français, et la différence de ces derniers avec les régimes italiens et allemands.

En définitive, on constate le caractère modéré de ce corporatisme – en comparaison avec le fascisme et le nazisme – lorsque les auteurs exposent les dangers à éviter en la matière. Il ne faut pas, explique Barthélémy, qu’une telle organisation conduise au contingentement des productions – cela irait contre l’abondance, et donc serait en contradiction avec le bien commun – ni à l’égoïsme corporatif, c’est-à-dire des règlements protecteurs de la corporation dirigés contre le consommateur<sup>2</sup>. Cela risquerait de conduire à une monopolisation du métier par la corporation, c’est-à-dire à la paralysie des initiatives. Au passage, on remarque ici les restes d’un certain libéralisme modéré dont faisait preuve Joseph Barthélémy. Cloisonner les métiers, « c’est là un système qu’a connu la France ancienne et, l’ayant goûté, elle a voulu s’en débarrasser ». Cela risque de conduire à un abus des monopoles des anciennes corporations, et donc au triomphe des intérêts particuliers de chaque branche sur l’intérêt général<sup>3</sup>. Il s’agit là d’abus qui avaient cours sous l’Ancien-Régime, explique Barthélémy, et qu’il ne faut pas reproduire. Il faut se prémunir, également, explique Barthélémy, contre une dérive possible du corporatisme en fonctionnarisme, et donc en bureaucratie<sup>4</sup>. Malgré ces réflexions, il consent néanmoins que s’il existe un corporatisme qui atténue l’antagonisme des classes, sans tomber dans les excès qu’il a pointés, il aura son adhésion<sup>5</sup>. On constate alors que la doctrine essaie de mettre en avant l’idée selon laquelle le peuple n’est pas exclu de la pensée constitutionnelle du régime nouveau. Seulement, comme le précise Roger Bonnard, « la participation du peuple ne comporte ni détention, ni exercice du pouvoir. Elle se borne à aider le chef qui, seul, détient et exerce le pouvoir »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 99-100.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>5</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>6</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 308.

## *Section II – Le titulaire du pouvoir : le Chef*

La problématique du chef s'inscrit dans la continuité directe de celle de la communauté, le chef étant précisément celui qui est amené à diriger cette dernière. Le dogmatisme vichyste sert alors ici un objectif simple : élaborer le statut du chef de l'État français, de sorte qu'il apparaisse comme l'élément indispensable, et surtout unanimement accepté, au sommet de la hiérarchie sociale (§ 1). Seulement, il apparaît que cette entreprise débouche parfois sur un langage flou, et des incertitudes (§ 2), au premier rang desquelles, la problématique de la succession à la direction de l'État.

### **§ 1. Le chef, titulaire de la souveraineté, pour guider la communauté**

Le chef est l'élément du régime qui se veut à la jonction entre autorité et communauté. Il symbolise les attentes des auteurs pour le régime, lier la communauté à l'autorité et exercer l'autorité sur la communauté. Les doctrinaires s'emploient alors à essayer de théoriser les fondements du pouvoir du chef de l'État, et à mettre en avant sa nécessité.

#### *Les fondements du pouvoir*

Le changement de conception de la société, qui passe de l'individualisme au communautarisme, entraîne Burdeau à distinguer deux formes de souveraineté. Dans une société individualiste, juxtaposition d'individus, la souveraineté s'exerce de manière directe par les individus, ou indirecte par le système représentatif<sup>1</sup>. Le – ou les dirigeants – tiennent alors leur pouvoir de l'exercice d'une démocratie directe, ou de l'élection. Dans une société communautaire il en va autrement. Nous avons vu que, selon les considérations des doctrinaires du régime, « la communauté n'est pas une juxtaposition d'individus égaux dont l'accord des volontés donnerait naissance à l'autorité des chefs »<sup>2</sup>. Il en ressort une vision élitiste du pouvoir, dans laquelle les chefs ne sont pas issus de la communauté, mais sont les personnes les plus aptes à juger ce qui est le mieux pour elle. Ils sont ainsi au-dessus de celle-ci. Dès lors, l'élection est bannie du système, pour être remplacée, selon Burdeau, par la confiance<sup>3</sup>. On retrouve également, dans la pensée de Roger Bonnard, la notion de confiance des gouvernés, dans un rapport de soumission volontaire au le chef<sup>4</sup>. Il en va de même pour Joseph Barthélémy, qui, dans sa conception du rapport de confiance, estime que l'État doit passer avant la Nation, selon la maxime de Sieyès qu'il cite à ce propos : « le pouvoir vient d'en haut, la confiance vient d'en bas »<sup>5</sup>. Dès lors, cette confiance du peuple envers le chef conduit également à un exercice élitiste du pouvoir ; pour Barthélémy, le peuple doit appuyer les déci-

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 229.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 229-230.

<sup>4</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 316.

<sup>5</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 84.

sions du chef mais le laisser diriger, car il est le plus apte à le faire<sup>1</sup>. Il vante alors les mérites de ce qu'il nomme un *circuit confiance-autorité, autorité-confiance*, qui consiste en une jonction entre Nation et État, peuple et gouvernement. Le postulat ainsi affirmé est qu'il ne faut pas que le gouvernement – et donc le chef – obéisse toujours à l'opinion, il doit la conduire, pas l'inverse<sup>2</sup>.

Il en découle une vision paternaliste de la société, dans laquelle il est du devoir du chef de prendre soin des membres de la communauté, mais également d'exercer son autorité envers celle-ci. Car le principe de confiance, vanté par ces auteurs, s'accompagne d'une dépolitisation des individus, pour laisser une plus grande marge de manœuvre à ceux dont le rôle est de vouloir le bien du groupe, à savoir les élites. Le glissement autoritaire d'un gouvernement, dans une telle configuration, se matérialise alors par une diminution drastique des libertés politiques des individus, et donc par un déplacement du dépositaire du pouvoir politique. Dans le régime libéral précédent, le souverain était – en théorie – le peuple. Dans le régime autoritaire, le titulaire du pouvoir est le chef, et il ne tient pas sa souveraineté du peuple. Comme l'écrit Roger Bonnard, « à l'origine de l'État autoritaire, le chef s'est imposé comme tel à raison des circonstances, de sa valeur personnelle, de son prestige, de son autorité et parce qu'il s'est trouvé à ce moment l'homme nécessaire »<sup>3</sup>. Et selon lui, le maréchal Pétain dispose alors d'un pouvoir originaire, hérité des circonstances<sup>4</sup>, pouvoir transcendant, qui n'est pas délégué par le peuple<sup>5</sup>. Burdeau se rattache également à cette transcendance du pouvoir. Le chef n'est pas celui qui est le mieux à même d'estimer ce qui est préférable pour la communauté, simplement parce qu'il est désigné à cette fonction, « mais parce qu'il porte en lui des vertus en accord avec les exigences des destinées nationales. La confiance le suit, elle ne le crée pas »<sup>6</sup>. Cependant, on ne peut occulter que le pouvoir politique du maréchal Pétain lui vient de l'Acte Constitutionnel n° 1, dans lequel il déclare assumer les fonctions de chef de l'État français. Dès lors, il est possible de considérer que ce pouvoir lui est déféré, par lui-même, en vertu de son pouvoir constituant. Roger Bonnard, pour essayer d'invalider cette thèse, argue de la transcendance du pouvoir du maréchal : Philippe Pétain ne s'octroie pas le pouvoir mais le constate<sup>7</sup>. Ce pouvoir était en effet, selon lui, initia-

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 85, il cite Joseph de Maistre à ce propos : « un gouvernement c'est la volonté nationale mieux comprise qu'elle ne le serait par la nation elle-même qui ne sait jamais ce qu'elle veut ».

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 310.

<sup>4</sup> Il faut cependant noter que selon Bonnard, initialement le régime perdure en droit après la loi du 10 juillet 1940, et malgré l'autorité de fait dont disposait le maréchal Pétain, il ne devient titulaire du pouvoir politique qu'à partir des actes constitutionnels n° 1 et n° 2 du 11 juillet 1940 : R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 80-81. En disant cela, Bonnard veut mettre en avant l'idée que Pétain hérite du pouvoir, mais ne le prend pas.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 230.

<sup>7</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 319.

lement un organe de la démocratie parlementaire, et, de fait, il était exercé par Philippe Pétain – alors président du Conseil. Or « finalement, au lendemain de l’armistice il n’existait plus en fait aucun autre pouvoir que le pouvoir personnel du maréchal »<sup>1</sup>. L’Acte Constitutionnel n° 1 vient alors transformer ce pouvoir de fait en pouvoir de droit, selon le doyen de Bordeaux.

### *La nécessité d’un chef*

Il convient, pour la doctrine qui souhaite appuyer l’autoritarisme du régime de Vichy, de mettre en avant le caractère intrinsèquement nécessaire du chef pour diriger la communauté. Deux auteurs s’illustrent ici : Joseph Barthélémy, qui contextualise le rehaussement de l’autorité du dirigeant au travers des exemples internationaux, et Georges Burdeau, qui appuie l’autorité du chef en comparaison avec l’effacement du président de la République dans le régime précédent.

Joseph Barthélémy illustre ce qu’il estime être un besoin de chef, par des exemples en droit comparé. Assez classiquement, lorsqu’il veut appuyer l’idée qu’à l’heure où il écrit, tous les peuples sont conduits par des chefs, il cite l’Allemagne d’Hitler, l’Italie de Mussolini ou encore l’URSS de Staline. Seulement, il accentue ici sa démonstration, en arguant que le phénomène s’étend également aux démocraties, « qui sont conduites par des meneurs de peuples non moins personnels, non moins autoritaires et non moins marqués »<sup>2</sup>. Il prend notamment pour exemple l’Angleterre, qui, si elle a conservé ses institutions classiques – le Roi, la chambre des Lords ainsi que la chambre des Communes – se range pourtant derrière un chef, Churchill, omniprésent sur la scène internationale comme au sein même du pays. Il évoque également le président des États-Unis Roosevelt qui a brisé le « précédent de Washington » en se faisant élire une troisième fois, et qui bénéficiait d’importants pouvoirs par la proclamation de l’état d’urgence nationale<sup>3</sup>. Enfin, il étaye ses réflexions en citant les différents États autoritaires d’Europe, avec le Portugal sous l’égide de Salazar, l’Espagne dirigée par Franco, la Roumanie d’Antonescu, la Hongrie dirigée par Horthy, la Turquie administrée par Ismet Inonu, la Bulgarie de Filov, voire encore la Chine dominée par Tchang-Kai-Tchek<sup>4</sup>. Ainsi, Barthélémy dit clairement que ce contexte politique international n’est pas le fruit du hasard, que ce besoin de chef fort « répond à un besoin général, né des circonstances de l’époque et auquel la France seule ne saurait échapper »<sup>5</sup>.

Burdeau explique que le chef de l’État exerce, dorénavant, à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, de sorte que le principe de séparation des pouvoirs qui avait cours – en théorie tout du moins – dans le régime précédent, ne vaut plus<sup>6</sup>. Lorsqu’il traite de la concentration de l’exercice

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 319-320.

<sup>2</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 105.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 234.

des pouvoirs par un même organe, l'auteur exclut volontairement la fonction juridictionnelle qui, selon ses vues, revêt une nature apolitique et peut donc, de fait, rester distincte. Ainsi, si les institutions relatives à la direction de l'État correspondent, à première vue, à ce qui formait le pouvoir exécutif sous la Troisième République, il précise immédiatement que « la comparaison n'est absolument pas fondée car "le pouvoir gouvernemental" de 1940 dépasse de beaucoup le pouvoir exécutif de 1875 »<sup>1</sup>. Burdeau se sert du comparatif avec le régime précédent pour donner au lecteur un cadre ; cadre sur lequel il se fonde pour marquer le contraste avec le statut du chef de l'État du régime de Vichy, dont la « prééminence n'a d'égale que l'effacement où le régime antérieur tenait le Président de la République »<sup>2</sup>. Le titre même de « président de la République » a été remplacé – avec l'Acte Constitutionnel n° 1 – par celui de « chef de l'État », plus représentatif du rôle que souhaite exercer Philippe Pétain, c'est-à-dire diriger, et non simplement présider<sup>3</sup>. Dès lors, une analyse du chef de l'État doit être, nécessairement, fonctionnelle et personnelle à la fois, c'est-à-dire que la charge de chef n'est pas dissociable de la personne qui l'occupe. En l'espèce, Burdeau considère que c'est le prestige du maréchal Pétain qui le soutient et lui confère sa légitimité, prestige auquel s'ajoute de surcroît « l'ampleur de la tâche à accomplir »<sup>4</sup>. Le chef ne peut cependant pas tout faire, en dehors du cadre du droit. En effet, Burdeau évacue de son analyse des pouvoirs du chef, la théorie du droit de la nécessité – qui voudrait que le chef de l'État puisse faire tout ce qui est nécessaire au gouvernement du pays, même hors de ce qui est prévu par le cadre constitutionnel<sup>5</sup> – car l'application de cette théorie conduirait à la négation du régime d'État. Il ajoute qu'« aucune autorité ne peut excéder les pouvoirs qu'elle tient de son statut constitutionnel »<sup>6</sup>. Cela signifie donc que pour Burdeau, tout pouvoir du maréchal Pétain est constitutionnel – ce qui, sur le plan juridique, limite le pouvoir du chef de l'État, et sur le plan politique, donne une assise constitutionnelle à ce pouvoir.

Burdeau accentue la comparaison avec le président de la Troisième République. Le chef de l'État dispose, dorénavant, dans le cadre de ses attributions légales, de tous les pouvoirs nécessaires au gouvernement du pays<sup>7</sup>, c'est-à-dire de la totalité du pouvoir gouvernemental. Notons ici que le terme de « pouvoir gouvernemental » vient remplacer celui de « pouvoir exécutif ». Ce premier terme étant plus large, et n'impliquant pas la notion de séparation des pouvoirs, il permet au chef de l'État de gouverner en de-

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 235-236.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 268 *sqq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>7</sup> *Ibid.*

hors du simple cadre de l'exécution des lois<sup>1</sup>. Cependant, Burdeau s'interroge sur cette compétence législative qu'exerce Philippe Pétain. Sans doute, explique-t-il, celle-ci n'est que provisoire, puisqu'est prévue la création de nouvelles assemblées par la loi du 10 juillet 1940. Mais en définitive, il semble presque certain, pour l'auteur, que le chef de l'État ne sera pas exclu de l'élaboration des lois<sup>2</sup>. Il dispose également de la réalité du pouvoir gouvernemental, c'est-à-dire qu'il n'est pas obligé d'exercer ses pouvoirs en conformité avec les vues des ministres – comme le président de la Troisième République – et que les ministres sont choisis et nommés par lui – et donc responsables devant lui. Burdeau appuie, ici l'idée du rejet des mécanismes du parlementarisme pour renforcer l'idée de l'autoritarisme du régime<sup>3</sup>. Enfin, il exerce seul ce pouvoir gouvernemental, ce qui signifie qu'il n'a pas à collaborer avec un président du Conseil, et les décisions ne relèvent pas de leur commun accord ou d'une lutte entre eux, mais de lui seul. Ce point de vue, exprimé par Burdeau, vaut jusqu'à la révision de 1942. Durant cette année, une série d'actes entraînent une réforme constitutionnelle accompagnée d'une nouvelle répartition des pouvoirs et d'un changement de l'organisation gouvernementale, à propos desquels les auteurs réagissent et sur lesquels nous reviendrons en détail ci-après<sup>4</sup>.

Les différentes remarques des auteurs vichystes procèdent surtout en une tentative de construction de l'autoritarisme et de la plénitude du pouvoir exercé par le maréchal. Du reste, les pouvoirs du chef de l'État sont surtout explicités grâce au registre du comparatif – comparaisons avec les régimes étrangers, et avec le régime antérieur – mais les pouvoirs propres de Philippe Pétain font l'objet de développements beaucoup plus succincts. Cela, sans doute, car le manque de matière et de pratique pousse les auteurs à rechercher les caractéristiques du pouvoir plus loin. Burdeau consacre cependant quelques pages de son cours aux attributions du chef de l'État<sup>5</sup>, dans lesquelles il retrace les pouvoirs qui sont octroyés par l'Acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940. Il s'agit surtout d'une énumération des compétences attribuées par cet acte – législatif, exécutif et promulgation des lois, nomination etc. – sans plus de précisions. Ce qui est mis en avant, et ce de manière globale par la doctrine du régime, c'est l'idée que le maréchal Pétain est à la fois le chef de l'État, mais également celui qui a la charge de construire cet État, du fait de ses prérogatives constituantes, et qui, donc, gouverne un État qu'il façonne. Cette entreprise n'est pas exempte d'un certain flou, puisque l'objectif est de s'appuyer sur la légitimité charismatique du maréchal Pétain, il existe de nombreuses incertitudes concernant la transmission de son pouvoir.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 272. À l'exception du procédé « hypocrite » des décrets-lois, explique Burdeau, mais qui n'existent plus dorénavant, puisque n'ayant plus aucun intérêt, le chef de l'État cumulant pouvoir exécutif et législatif.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 272 *sqq.* Observation que rejoint Roger Bonnard : R. BURDEAU, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 357.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 273-274.

<sup>4</sup> Voir *infra*, partie II, chap. I, sect. II, § 2.

<sup>5</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 278-285.



## § 2. Les zones d'ombre de la fonction de chef de l'État

Malgré la tentative de la doctrine d'appuyer l'autorité du chef, au travers de l'idée qu'elle apparaît inéluctable, des zones d'ombres demeurent. C'est le cas, notamment, de la notion de confiance, mise en avant par les auteurs, comme étant le fondement de la relation entre la communauté et le chef. On ne dispose finalement que de peu de précisions pertinentes à son propos. Burdeau explique qu'elle doit être « réelle et non pas seulement verbale », et « qu'il faut que le chef concentre en sa personne les qualités qui l'autorisent à vouloir pour le compte de la communauté »<sup>1</sup>. De même le *circuit confiance-autorité, autorité-confiance* élaboré par Joseph Barthélémy n'est pas clair<sup>2</sup>. Du propre aveu de Burdeau, il existe, à l'époque où il écrit, des incertitudes sur l'exercice de ce régime autorité-confiance<sup>3</sup>. En définitive, on ne sait pas comment est envisagée la place réelle du peuple, bien que l'on puisse trouver une idée commune chez les auteurs, d'un peuple qui soit politiquement inexistant. Il n'est pas aisé de s'approfondir sur cette question de la confiance, car elle constitue un trou noir de la doctrine. C'est un présupposé sur lequel les auteurs ne s'attardent pas, parce qu'en réalité il n'y a rien à dire. La confiance est de l'ordre de la foi envers le chef, parce que celui-ci est par nature une nécessité. Aller plus loin, c'est prendre le risque de voir s'écrouler une construction déjà bien friable. Les auteurs en restent donc à une idée commune en surface, celle de la confiance. Il n'y a donc guère de divergences entre eux sur ce point, mais il n'y a pas non plus de précisions. En revanche, il est plus difficile de trouver une convergence lorsqu'on analyse les écrits relatifs à la transmission du pouvoir.

Le questionnement fondamental qui pose des difficultés à la doctrine du régime, est celui de la succession au poste de chef de l'État. En premier lieu, les sources primaires sur lesquelles la doctrine doit se baser ne sont pas d'une grande aide. En effet, une constitution définitive n'a toujours pas été promulguée, et la pratique du régime est peu éclairante à ce sujet, puisque très fluctuante. La succession du maréchal Pétain est prévue par l'Acte Constitutionnel n° 4 du 12 juillet 1940, qui prévoit initialement que Pierre Laval exerce la suppléance en cas d'impossibilité à gouverner du chef de l'État, Philippe Pétain. Si Laval est, par la suite, dans l'impossibilité d'exercer la charge, la personne qu'il a lui-même désignée doit prendre sa place, et le Conseil des ministres assure l'interrègne. Il importe de souligner que cet acte sera modifié, entre 1940 et 1942, pas moins de cinq fois dans des versions promulguées, et deux autres fois, dans des versions qui ne le seront pas<sup>4</sup>. Ces différentes moutures traduisent les rapports de force fluc-

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>2</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 83 *sqq.*

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 230.

<sup>4</sup> L'Acte Constitutionnel n° 4 *bis* du 24 septembre 1940 et l'Acte Constitutionnel n° 4 *ter* du 13 décembre 1940 renforcent le rôle du Conseil des ministres, chargé de nommer le successeur de Philippe Pétain. L'Acte n° 4 *quater* du 10 février 1941 prévoit l'amiral Darlan à la succession. Et l'Acte n° 4 *quinquies* du 17 novembre 1942 marque le retour de Pierre Laval comme dauphin. Il existe également un acte n° 4 *sextiès*, en deux versions non publiées des 27 septembre et 12 novembre 1943, qui prévoyait la réunion d'un collège électoral, puis de l'Assemblée Nationale, pour désigner un successeur.

tuants entre les hommes du régime, notamment l'amiral Darlan et Pierre Laval, et entre le gouvernement français et l'occupant – le retour de Laval en tant que successeur, dans l'Acte Constitutionnel n° 4 *quiquies* du 17 novembre 1942, étant notamment le fait des pressions allemandes<sup>1</sup>. Ces pressions allemandes et les luttes de pouvoir internes sont néanmoins occultées par les auteurs, sans doute car d'une part, à l'époque où les auteurs écrivent, toutes les informations n'étaient pas connues du public, et parce que d'autre part, elles ne peuvent servir à l'élaboration de l'image d'un homme fort à la tête de l'État. Les auteurs vont alors plutôt se pencher sur des modalités pratiques liées la succession : le sort du pouvoir constituant, et la forme préférable de transmission du pouvoir.

La question qui se pose, pour un certain nombre d'auteurs, est la suivante : qu'advierait-il du pouvoir constituant du maréchal Pétain, si ce dernier venait à disparaître ? En effet, si Laval – ou Darlan, suivant la période – est désigné comme successeur du chef, rien n'indique en revanche qu'il doive se retrouver investi de la puissance constituante, exercée, rappelons-le, *intuitu personae* par Philippe Pétain. Roger Bonnard répond de manière très laconique à cette interrogation. Si le pouvoir constituant était issu d'un mandat, alors à la mort du Maréchal, il devrait faire retour à l'Assemblée nationale. Au contraire, s'il est issu d'une attribution – comme c'est le cas selon l'auteur – alors l'Assemblée nationale disparaît en tant qu'organe constituant, et dans ce cas, il faut considérer ou bien que le successeur de Pétain serait alors investi de ce pouvoir, ou alors que l'œuvre constitutionnelle serait continuée par un pouvoir constituant originaire<sup>2</sup>. La complication est induite par la logique suivante qui veut que si Pétain n'est plus au pouvoir, alors il n'existe plus de pouvoir constituant institué – car le pouvoir prévu par la loi du 10 juillet 1940 est personnellement dévolu à ce dernier. Cela s'avérerait alors problématique dans le cas où la Constitution ne serait pas achevée, car il serait impossible de prolonger l'œuvre constituante, le successeur du maréchal Pétain n'héritant que de son pouvoir politique. La solution de Bonnard est de reconnaître le pouvoir constituant au successeur<sup>3</sup>. Il se justifie alors en disant que le successeur sera titulaire du pouvoir politique originaire « dont il aura hérité du maréchal Pétain », mais sans guère plus de précisions. Louis Delbez essaie d'élaborer juridiquement une assise à l'avenir du pouvoir constituant en cas de décès de Pétain. Le chef de l'État ne peut pas transmettre ce pouvoir comme bon lui semble, mais, puisque la loi du 10 juillet 1940 dispose que les pleins pouvoirs sont donnés « au gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal », alors si ce dernier disparaît, le pouvoir constituant demeure au sein du gouvernement, qui peut en faire usage « par application de la théorie, empruntée au droit privé, de la condition impossible réputée non

---

<sup>1</sup> L'Acte Constitutionnel n° 4 *sextiès* témoignerait, selon Jean Boulouis et Marcel Prélot, de la volonté qu'a eu Pétain de « sortir de l'impasse où l'a mis la création manquée de l'État autoritaire en ramenant le régime à son point de départ : le vote de l'Assemblée du 10 juillet 1940 ». Mais il n'aurait pas eu l'occasion de le faire à cause des autorités d'occupation : M. PRÉLOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 534.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 86.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 88.

écrite »<sup>1</sup>. Tandis que pour Burdeau, puisque le pouvoir constituant du chef de l'État n'est pas rattaché à la fonction de chef, mais à la personne de Pétain<sup>2</sup>, si le maréchal disparaît, son remplaçant ne pourra pas exercer le pouvoir constituant. De surcroît, un acte qui ne porterait pas la signature de Pétain ne serait pas valide. Cela signifie qu'en pareil cas, il faudrait alors recourir à la réunion de l'Assemblée nationale. Il semble, de l'avis de l'auteur, que cela soit la seule solution envisageable, bien qu'elle soit regrettable, car ce serait une résurrection des institutions du régime honni de 1875<sup>3</sup>. Finalement, le sort du pouvoir constituant reste incertain dans la doctrine du régime de Vichy : rapidement traité, le sujet est vite éludé.

Si elle est développée par un nombre plus restreint d'auteurs, la forme que doit prendre le mode de succession, n'en fait pas moins l'objet d'une analyse approfondie par ces derniers. À ce propos, Burdeau dit que « c'est là une lacune considérable des textes, mais qui pourra évidemment être comblée dans le cadre de la constitution définitive »<sup>4</sup>. Roger Bonnard se range derrière cet avis, puisqu'il écrit, à propos du régime autoritaire, que la désignation du successeur pose souvent des difficultés, « aucun procédé ne donne satisfaction, on en est réduit à choisir celui qui paraît le moins mauvais »<sup>5</sup>. Burdeau note que Vichy se trouve dans le cas d'un chef autoproclamé, le titulaire du pouvoir exécutif s'est nommé lui-même à la tête de l'État, et a aménagé le pouvoir de manière conforme à ses propres conceptions politiques<sup>6</sup>. Il ajoute, et Julien Laferrière établit le même constat, que c'est la première fois que le cas se présente en France<sup>7</sup>. Le successeur ne pouvant pas reproduire cette auto proclamation, deux auteurs, Roger Bonnard et Joseph Barthélémy, vont consacrer une partie de leurs développements à se demander quelle serait la meilleure solution à adopter.

Bonnard analyse d'abord le procédé de l'hérédité, qui caractérise une monarchie. L'hérédité possède, selon lui, trois avantages<sup>8</sup> : tout d'abord elle n'engendre aucune compétition, ensuite elle assure à la fois continuité, stabilité et aptitude, enfin, elle confère à l'héritier un intérêt personnel à voir

---

<sup>1</sup> L. DELBEZ, « la révision constitutionnelle de 1942 », art. cité, p. 99.

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 285 sqq.

<sup>3</sup> Cette vision de Burdeau laisse certes planer plus d'interrogations que de réponses en cas de décès du chef de l'État, mais elle se comprend néanmoins au regard de l'importance qu'attache Burdeau à la supériorité du régime juridique d'État. Dans *Le Pouvoir politique et l'État*, ce dernier pointe comme inconvénient majeur du régime allemand le fait qu'il ne repose que sur un homme, ce qui crée nécessairement des problèmes de succession, écartés par le régime. Il s'appuie d'ailleurs, à ce propos, sur Hauriou, pour affirmer la supériorité de l'État sur le Pouvoir individualisé : G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, op. cit., p. 208.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 237.

<sup>5</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 311.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 236-237.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 238. Selon Burdeau, Napoléon Bonaparte, et Napoléon III ne se sont pas désignés eux-mêmes mais ont été désignés chacun par une constitution. Voir également J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 71.

<sup>8</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 312.

prosperer son héritage, le royaume. Cependant elle a le défaut de ne pas nécessairement conduire à la désignation de la personne la plus qualifiée pour exercer la direction de l'État. Bonnard se range alors du côté du procédé de la cooptation, qui a, selon lui, l'avantage de voir un chef désigné de manière indépendante – sauf du pouvoir dont il procède – et qualifié, puisque celui qui désignera son successeur l'aura vu à l'œuvre. Ce procédé entraîne un risque de luttes de pouvoirs<sup>1</sup>, cependant il souhaite une cooptation uniquement exercée par le chef de l'État, il critique de ce fait l'intervention du Conseil des ministres, à quelque moment que ce soit lors de la procédure de désignation<sup>2</sup>. Barthélémy, quant à lui, rejette l'hérédité réelle, ainsi que la cooptation – qu'il nomme « hérédité sociocratique »<sup>3</sup> – le système risquant d'être, dans un régime autoritaire tel que la France de Vichy, source d'instabilité. Il n'est alors pas favorable à l'institution du « dauphinat » mis en place par Pétain, mais se prononce plutôt en faveur de l'élection, que Bonnard écarte car il la juge incompatible avec le concept de chef<sup>4</sup>. Barthélémy explique qu'il vaut mieux une élection par le peuple que par les ministres, ou par tout autre rassemblement élitiste<sup>5</sup>. Il avance pour cela deux arguments : tout d'abord une élection par une minorité ne confèrera pas au successeur une autorité substantielle ; et surtout, une élection par le peuple s'avère gage de tranquillité et d'ordre. C'est pourquoi il se range du côté d'un suffrage le plus large possible<sup>6</sup>, et secret<sup>7</sup>. Ces précautions permettent, argue Barthélémy, de catalyser les prétentions aux révolutions. En définitive, pour ce dernier, le successeur au chef de l'État devra être désigné par une élection populaire, tandis que pour Roger Bonnard, il est du ressort de l'actuel dirigeant de désigner, par cooptation, son propre successeur. Georges Burdeau, enfin, ne se prononce pas explicitement sur ce point, mais semble pencher pour une désignation par l'Assemblée nationale nouvellement réunie, si la succession n'a pas été prévue dans la Constitution à venir. À l'issue de ce passage en revue des différentes positions, force est de constater qu'aucun consensus doctrinal ne se dégage en la matière. Il semblerait qu'en pareil cas, seule la pratique serait à même de suppléer la théorie.

Comme ces quelques réflexions ont pu le démontrer, mettre en évidence un statut précis et clair du chef, en se fondant sur les observations de la doctrine vichyste se révèle plutôt complexe. En effet les auteurs en faveur du régime, n'ayant que peu d'informations positives sur lesquelles se baser, délivrent essentiellement leur vision dogmatique. Ainsi il n'est pas aisé de dégager des critères communs, et encore moins un consensus. Il semble tout de même exister une convergence sur un principe : le chef doit être fort,

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 320.

<sup>3</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 120.

<sup>4</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 311.

<sup>5</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 129 *sq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 130 : ce qui permet d'intimider les minorités violentes, car le suffrage populaire donnera la force suffisante aux institutions pour le faire.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 129-130 : le vote secret est, selon lui, préférable à la « minorité violente qui s'agite, qui parle, qui crie ».

pour appuyer l'autorité de l'État sur la communauté. Il est possible de souligner ce trait commun de la doctrine du régime : lorsqu'il s'agit de vanter la nécessité de la rupture constitutionnelle, les auteurs convergent dans l'idée d'un changement dans les principes constitutionnels et philosophiques, d'une révolution qui modifie le pouvoir et la société. Mais dans le détail, ces derniers ne sont pas nécessairement convaincus des mêmes moyens pour y parvenir ou des mêmes buts à atteindre. De plus l'accent est plutôt mis sur des problèmes de construction, qui apparaissent plus urgents ; en effet les auteurs ne souhaitent pas nécessairement envisager dans le détail de questions telles que la disparition du maréchal Pétain, dans le jeune régime qui s'appuie grandement sur la légitimité charismatique de ce dernier. Ils souhaitent plutôt théoriser ce que le régime peut avoir à construire. On constate alors que les auteurs, après avoir essayé de penser la rupture constitutionnelle, convergent vers un autre objectif, jugé nécessaire : celui de produire la continuité de l'État, c'est-à-dire d'élaborer une notion d'État à partir des données à la disposition des auteurs, et de reconstruire sa légitimité.



## SECONDE PARTIE FAÇONNER LA CONTINUITÉ

Georges Liet-Veaux relève que les gouvernements révolutionnaires ne s'affranchissent pas totalement de l'héritage juridique passé, c'est-à-dire qu'ils ne consacrent en réalité pas totalement la rupture. Les dispositions juridiques ne sont pas toutes abrogées *de facto* suite à une révolution. Il critique en cela les ambiguïtés de la doctrine à vouloir mettre en avant la rupture, mais sans arriver à occulter la continuité. Ainsi, il met en lumière, par exemple, le fait que Georges Burdeau avance que la révolution « est un mode d'abrogation des constitutions extrêmement courant » mais admette dans le même temps que la Constitution de 1875 n'a pas disparue<sup>1</sup>. De même, il dresse ce constat envers Julien Laferrière, qui explique qu'il y a eu une révolution en 1940 mais qui admet cependant que la Constitution de 1875 n'a pas disparue, et envers Roger Bonnard, pour les mêmes raisons<sup>2</sup>. Il veut, par cela, critiquer l'incapacité de la doctrine à penser la rupture constitutionnelle sans arriver à occulter la continuité.

Il se dégage pourtant des écrits de la doctrine vichyste une certaine volonté d'asseoir le régime sur des fondations solides et profondes, de façon à mettre en avant, au-delà de la nouveauté, une certaine pérennité, qu'il apparaisse comme la continuation logique, et nécessaire, du cours de l'histoire. La continuité envisagée dans les écrits de la doctrine diffère pourtant d'une simple continuation juridique avec les actes non abrogés du régime ancien. Elle est le fait d'une construction qui consiste à élaborer une théorie de l'État autoritaire (chapitre I), et envisager sa légitimité (chapitre II), de façon à donner une assise théorique, juridique et historique suffisamment forte au gouvernement de Vichy, pour que la transition entre le régime précédent et le régime à venir semble aller de soi.

---

<sup>1</sup> G. LIET-VEAUX, *La continuité en droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 223-224.

## **Chapitre I – L'État**

La révolution, en elle-même, n'abroge pas toutes les dispositions du régime précédent, cette action étant conditionnée par le type de régime qui va se mettre en place – une monarchie n'abrogera pas les mêmes dispositions qu'une république par exemple. Ainsi, c'est le nouveau régime qui joue le rôle majeur dans l'ambivalence entre continuité et rupture de la transition constitutionnelle. Ceci permet de mettre en évidence l'importance de façonner la continuité, au travers de l'élaboration doctrinale du nouveau régime, à la fois pour l'ancrer dans le temps et pour en marquer sa spécificité. Le principe qui est vanté par la doctrine, comme moteur des institutions et de l'action du gouvernement, est l'autorité. Ainsi, sur le plan théorique, cela s'accompagne d'une théorisation de la notion d'État autoritaire (section I). Sur le plan pratique, les auteurs consacrent une partie de leurs observations au droit positif du gouvernement de Vichy (section II), à savoir les institutions nouvelles, et la révision de 1942 qui vient les modifier en profondeur.

### *Section I – La construction d'une théorie de l'État autoritaire*

L'objectif de la doctrine constitutionnelle d'État est de faire de l'État vichyssois un État fort, et ce, selon Marcel Prélot et Jean Boulouis, malgré la dichotomie entre le discours proclamant un État rehaussé, et la réalité d'un État qui peine à s'affirmer au milieu des luttes de pouvoirs<sup>1</sup>. Pour ce faire, les écrits des auteurs vont concerner deux aspects de l'État : la forme autoritaire du régime (§ 1), et le corpus constitutionnel contenu dans l'État (§ 2). Si les auteurs paraissent parfois prendre le parti de décrire ce qu'ils observent, il est possible de constater que le plus souvent ils se placent plus sur le registre de ce que doit être l'État, que sur celui de ce qu'il est en réalité.

#### **§ 1. Le principe autoritaire**

Le principe d'autorité est mis en avant, comme étant la pierre angulaire du régime. Les auteurs prennent pour base les Actes constitutionnels n° 1 et 2 du 11 juillet 1940, qui mettent en place, selon eux, un régime d'autorité<sup>2</sup>. La question qui se pose est celle de savoir ce que signifie un État autoritaire, pour la doctrine qui cherche à le façonner. En effet, le projet de rehausser l'État français en le qualifiant d'autoritaire ne peut se passer d'une pensée sur ce concept. Certains auteurs esquissent alors l'approche d'une théorie de l'État autoritaire, en abordant la transcendance du pouvoir et sa légalité, en montrant que le principe autoritaire dépasse la simple personne du maréchal Pétain, en arguant qu'il se caractérise par une concentration des pouvoirs et, enfin, en pointant les risques de dérive bureaucratique.

#### *La transcendance du pouvoir et sa légalité*

Bonnard, le premier, met en avant des éléments pour appréhender le gouvernement autoritaire et l'appliquer à Vichy. Cette forme d'exercice du gouvernement est à la jonction des éléments que nous avons vus au chapitre

---

<sup>1</sup> M. PRÉLOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 530.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 76.



précédent. Il s'oppose à la démocratie, et réunit le chef et la Communauté dans un rapport hiérarchique, où le chef est titulaire de la Souveraineté, sans qu'il ne l'ait reçue du peuple, Les gouvernés ne se gouvernent plus eux-mêmes mais sont gouvernés par le chef<sup>1</sup>. L'autoritarisme est donc ce principe qui, pour la doctrine vichyste, cimente les relations entre le peuple et les dirigeants. En substance, explique Bonnard, le régime autoritaire se caractérise par l'exercice d'un pouvoir politique transcendant – c'est-à-dire extérieur et supérieur aux gouvernés –, monocratique – en ce qu'il appartient à un individu le chef –, et concentré – en ce qu'il n'est pas partagé ou fractionné entre plusieurs organes. En l'espèce, Bonnard s'appuie sur l'Acte Constitutionnel n° 3 du 11 juillet 1940 ; cet acte ajourne les assemblées, et, dès lors, le constat est fait que le pouvoir politique n'est plus exercé par le peuple<sup>2</sup>. Le pouvoir devient transcendant, au profit de Philippe Pétain – par l'Acte Constitutionnel n° 2 – ce qui fait de l'État français une monocratie pure, malgré l'absence de mention de cela dans les actes, explique Bonnard<sup>3</sup>.

Pour retracer le cheminement de la pensée sur l'autoritarisme chez Burdeau, il faut s'attacher à ses considérations sur la dictature. Dans son ouvrage, *Le pouvoir politique et l'État*, il développe un concept de dictature, distinct du pouvoir personnel ou du simple renforcement de l'exécutif. En effet, le renforcement de l'exécutif est vu non comme un régime nouveau, mais comme un remède à la crise de l'État ; tandis qu'avec la dictature, les gouvernants veulent faire de l'autoritarisme un mode normal de gouvernement<sup>4</sup>. Le renforcement de l'exécutif est entendu par Burdeau comme une doctrine d'exception dans l'ordre légal ; il s'agit de sortir temporairement du droit pour résoudre une crise. À l'inverse, la dictature, si elle quitte le droit, même provisoirement, elle le fait pour consacrer un ordre nouveau. Elle n'entraîne qu'une rupture passagère avec la continuité de l'État sans rompre systématiquement avec la forme étatique du Pouvoir<sup>5</sup>. Elle peut se matérialiser par une personnalisation du pouvoir, mais ce n'est pas obligatoire – Burdeau prend l'exemple de la Convention, où le l'exercice du pouvoir s'est exercé en assemblée. La dictature ne constitue pas une forme autonome du Pouvoir mais un mode d'exercice de celui-ci<sup>6</sup>. Finalement le retour au pouvoir personnel qu'elle entraîne est accidentel et la dictature peut s'en passer tout aussi bien. Cela veut dire que la dictature a pour finalité de voir réapparaître l'État, si tant est qu'il ait disparu, c'est-à-dire une forme constitutionnelle d'exercice du pouvoir, qui permet de respecter le principe de légalité<sup>7</sup>. Ce souci de légalité dans l'exercice du pouvoir, qui ne semble pas traité par Bonnard, se retrouve chez Joseph Barthélémy. Ce dernier énonce qu'un

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, *Précis de droit public, op. cit.*, p. 21.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 317.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 184.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 185. C'est-à-dire que la dictature s'exerce dans l'État, elle ne le nie pas.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 189.

« régime d'autorité est d'abord un régime de légalité »<sup>1</sup>. Une légalité qui s'impose aux gouvernés comme aux gouvernants, car, précise-t-il à l'instar de Burdeau, les doctrines d'indépendance du gouvernement face à la loi ne peuvent être que des doctrines d'exception. Pour ces auteurs, autoritaire ne signifie donc pas arbitraire. Il serait possible d'interpréter cela dans le sens d'un souci, sous-jacent, de chercher à promouvoir un régime qui ne soit ni un régime d'exception, ni un régime arbitraire.

*Une autorité qui dépasse la simple valeur personnelle du maréchal Pétain*

Par la suite, on comprend, à la lecture de Burdeau, que l'autoritarisme, essentiel à la dictature, ne l'est pas pour le pouvoir individualisé<sup>2</sup>. Dans le régime de pouvoir personnel, celui qui exerce le Pouvoir tire son autorité de sa personne, non d'une habilitation quelconque. Sa prérogative est inhérente à sa personne, il n'a donc pas besoin de légitimité, car au sens de Burdeau, la légitimité s'analyse en un rapport entre l'exercice d'une fonction et le statut de celle-ci. Or, ici, il n'y a pas de statut de la fonction<sup>3</sup> ; l'exercice du pouvoir se confond donc avec la qualité propre de celui qui l'exerce. Cela entraîne *de facto* une mise à l'écart de l'État, un abandon du pouvoir institutionnalisé, que la dictature n'a, à l'inverse, pas vocation à produire – ou alors temporairement. En somme, la dictature peut conduire à une illégalité temporaire, justifiée par la nécessité de changer de régime, mais avec l'objectif de revenir dans le droit, alors que le pouvoir personnel est forcément a-légal<sup>4</sup>, et aucun acte ne peut être imputé à l'État. Il s'agit donc, dit Burdeau, d'un pouvoir de fait. Il existe donc essentiellement une différence de finalité entre ces deux concepts : En effet, le recours à la dictature peut être vu comme une crise temporaire des institutions, un renforcement de l'autorité, interprété comme un mode d'exercice exceptionnel de la fonction gouvernementale – et une fois l'idée de droit nouvelle stabilisée, on peut s'attendre à ce que l'autoritarisme s'atténue. En revanche, dans le pouvoir individualisé, « la qualification de crise n'est pas une explication » car parler de crise reviendrait à dire qu'il y aura à terme retour à une situation normale, c'est-à-dire retour de l'État, une fois la crise résolue. Or, ce n'est pas la finalité intrinsèque du pouvoir personnel<sup>5</sup>. L'objectif du chef, dans une telle configuration, est de se débarrasser des entraves que constitue l'État, pour construire le Pouvoir à venir sur l'idée de droit nouvelle. Dès lors, explique Burdeau, l'interrègne qui en découle ne peut pas être qualifié de crise, car il n'y aura jamais continuation de l'ordre ancien<sup>6</sup>.

Cependant, il faut se demander quelle valeur positive accorder à ces considérations théoriques. Dans *Le pouvoir politique et l'État*, Burdeau ne

---

<sup>1</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, op. cit., p. 43.

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État*, introduction à l'étude du droit constitutionnel, op. cit., p. 186.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 191. On note cependant que Burdeau n'entrevoit pas le cas de l'échec du pouvoir individualisé.

tranche pas sur le fait de savoir si le régime de Vichy se rapproche plutôt du pouvoir personnel, ou plutôt de la dictature. En partant des éléments de son cours de droit constitutionnel, il est permis de constater que s'il ne se prononce pas clairement ; et, en définitive, le doute qu'il laisse subsister demeure éclairant. Sur la forme, Burdeau s'avance nettement en faveur d'un pouvoir étatique ; en témoigne cette citation concernant le gouvernement de Vichy : « La mise sur pied d'un régime d'autorité exige plus que la consolidation provisoire de l'État par le prestige d'un homme : il faut des institutions durables »<sup>1</sup>. Mais sur le fond, l'objet de son propos est clairement de mettre en avant une nouvelle idée de droit. Ainsi, s'il ne tranche pas, c'est en réalité pour mieux mettre en avant la spécificité du régime. Il va comparer celui-ci avec le césarisme, mais pour mieux l'en dissocier et le mettre en valeur. En effet, si le régime de Vichy se rapproche du césarisme – par une perte de foi en la démocratie et un rehaussement de l'autorité d'un individu qui devient chef du peuple en raison de sa valeur personnelle<sup>2</sup> – il s'en distingue, car la forme du régime « ne repose pas seulement sur le principe de l'autorité politique du chef, mais sur l'idée d'une organisation de la vie nationale toute entière autour de la notion d'autorité »<sup>3</sup>. Selon l'auteur, le principe autoritaire n'est pas simplement une théorie politique, il est placé au centre du curseur politique dans le gouvernement de 1940. La différence est alors qu'il ne s'agit pas d'un régime où le chef exercerait son autorité sur les sujets, et où le pouvoir ne dépendrait que du plébiscite<sup>4</sup>, c'est-à-dire ce qu'il nomme une conception atomistique de la société, mais bien d'une autorité fondée sur le principe communautaire, et donc une conception mécaniste de cette société. Cette idée semble reprise à Joseph Barthélémy qui, dans son cours de droit constitutionnel en 1938, revient sur la comparaison parfois faite entre fascisme et césarisme. Il affirme alors que cette ressemblance est factice, car le césarisme repose sur le dogme de la souveraineté du peuple – il évoque à ce propos Napoléon III qui fait ratifier son coup d'État le 2 décembre 1851 – tandis qu'à la base du régime fasciste, c'est le principe communautaire qui prévaut, comme pour la plupart des régimes antidémocratiques contemporains, précise-t-il<sup>5</sup>. La notion d'autorité ainsi vantée, en définitive, n'est pas tant celle d'un chef qui l'exerce sur ses sujets, que celle qui irrigue toute la communauté, et qui n'est donc pas à sens unique. L'autorité du régime déborderait de la simple valeur personnelle du maréchal Pétain pour englober la société toute entière<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, op. cit., p. 158.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 232-233.

<sup>4</sup> *Ibid.* Il s'appuie ici sur la pratique napoléonienne du plébiscite à titre d'illustration.

<sup>5</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 100.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, op. cit., p. 233.

*L'organisation des pouvoirs : la nécessité de la concentration*

En ce qui concerne l'organisation des pouvoirs, plane le questionnement de la forme qu'elle doit revêtir : une concentration ou une séparation. Roger Bonnard estime que la division des pouvoirs n'est pas tributaire de la forme de l'État, et qu'un État autoritaire peut très bien adopter la séparation des pouvoirs, « par le fait que le titulaire du pouvoir admet à partager avec lui le pouvoir un organe qu'il institue [*sic*] et auquel il accorde une certaine autonomie »<sup>1</sup>. Néanmoins le doyen de Bordeaux explique que la séparation conduit nécessairement à un affaiblissement des pouvoirs, tandis que la concentration entraîne un renforcement. Bonnard se prononce alors nettement en faveur de la concentration pour garantir l'efficacité du régime autoritaire, d'autant que dans son étude de la séparation des pouvoirs il explique que ce mode d'organisation conduit à la domination du législatif sur les autres pouvoirs. Ainsi, selon son avis, la démocratie tendrait obligatoirement vers le régime conventionnel<sup>2</sup>. Par cette analyse, Bonnard essaie clairement de mettre en évidence l'impérieuse nécessité d'un mode concentré d'organisation des pouvoirs, car malgré tous les moyens qui peuvent être envisagés pour tempérer ce qu'il nomme « les déformations de la séparation des pouvoirs »<sup>3</sup>, aucun ne lui apparaît satisfaisant. Burdeau l'énonce de la même manière, la séparation des pouvoirs s'avère insuffisante, dès lors qu'on exige de l'État qu'il prenne en charge la Communauté. Il faut donner aux gouvernants les moyens d'assurer cette mission, le premier étant de disposer de la règle de droit<sup>4</sup>. C'est pour cela que la totalité des fonctions étatiques est concentrée, et exercée, sous la responsabilité d'un seul organe, le chef de l'État. Burdeau remarque alors que le fait de se tourner vers un régime autoritaire est un phénomène qui réapparaît ponctuellement, et notamment durant les périodes de crises<sup>5</sup>. L'analyse des avis croisés de Bonnard et de Burdeau met en évidence un point rhétorique de la doctrine : appuyer l'idée selon laquelle le tournant autoritaire que prend la France en 1940 ne résulterait pas d'un choix politique opéré par le chef de l'État, mais d'une exigence guidée par les circonstances elles-mêmes. Cela est traduit parfaitement par cette citation de Burdeau : « le chef ne porte pas en lui l'autorité ; il la découvre où elle réside : dans le vœu collectif, puis il s'en attribue l'exercice, mais il ne la crée pas par le seul décret de sa volonté »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 325-326.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 329.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 135 *sqq.* Les moyens envisagés à ce titre sont : faire en sorte que le recrutement du chef de l'État ne dépende plus du Parlement et modifier l'aménagement des rapports entre les pouvoirs : *Ibid.*, p. 341 *sqq.*

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 164.

### *Éviter la dérive bureaucratique*

Des auteurs mettent cependant en évidence une crainte, doublée d'une mise en garde, sur le régime autoritaire qu'ils souhaitent voir construire : le danger que ce dernier ne dérive en bureaucratie. De l'avis de Barthélémy, le risque tient au développement du fonctionnarisme au détriment des éléments producteurs<sup>1</sup>. Il pointe ici le risque d'un basculement du régime dans une bureaucratie, où le chef serait sous domination d'une administration pléthorique, et non l'inverse. C'est également l'avis de Roger Bonnard, qui l'exprime clairement : « si je crois à la supériorité du régime autoritaire sur le régime démocratique, je crois aussi que le régime autoritaire peut être pire que le régime démocratique, s'il ne comporte pas certains aménagements, pour éviter notamment qu'il ne dégénère en bureaucratisme »<sup>2</sup>. Bonnard avance alors deux solutions pour éviter cet écueil potentiel : d'une part, remettre en activité les conseils consultatifs qui siégeaient dans les différents ministères, et qui ont été suspendus par la loi du 12 juillet 1940, d'autre part, restructurer le conseil national et le comité budgétaire, dans l'objectif d'une meilleure « expression des tendances et des désirs des gouvernés, des administrés et des justiciables »<sup>3</sup>. Toutefois, au-delà de ce risque bureaucratique, le régime autoritaire apparaît, pour ces auteurs, comme le seul moyen de réaliser la réforme de la société, et principalement le corporatisme. Cela s'illustre parfaitement dans ce témoignage de Roger Bonnard, qui date de 1937 : « un pouvoir fort, peut-être une dictature, sera nécessaire pour préparer la condition nécessaire pour un système vraiment corporatif, soit la suppression de la lutte des classes »<sup>4</sup>.

## § 2. Le cadre constitutionnel

Les doctrinaires se concentrent également sur un deuxième aspect de l'État qu'ils souhaitent développer : la constitution – au sens large du terme – du nouveau régime. Encore conviendrait-il de préciser que leurs écrits correspondent moins à ce qu'elle est, qu'à ce qu'ils jugent qu'elle devrait être. Nous traiterons ici des aspects qui nous paraissent les plus importants en la matière, à savoir l'état des lieux de la forme de la constitution – rigide ou non – qui débouche sur une interrogation concernant la place de la coutume dans l'ordre constitutionnel à venir, ainsi que des déclarations de droits et de la limitation du pouvoir.

### *Constitution souple, constitution provisoire*

Sur le plan théorique, il existe bien une rigidité constitutionnelle, du fait de la distinction entre lois ordinaires et lois constitutionnelles. Mais, comme le précise Julien Laferrière, il ne s'agit là que de la théorie, car en pratique cette distinction est factice<sup>5</sup>. En effet, la suprématie des secondes n'a prati-

---

<sup>1</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 374.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> R. BONNARD, *Syndicalisme, corporatisme, État corporatif*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>5</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 47.

quement aucune portée, puisque c'est le même organe qui est compétent pour les deux types de lois, explique à son tour Georges Burdeau<sup>1</sup>. Ainsi pour ces auteurs, la constitution est souple. La conséquence qu'en tire Burdeau est une absence de garantie de stabilité des lois fondamentales, qui peuvent être modifiées au bon vouloir du chef de l'État. Les modalités d'élaboration des lois constitutionnelles sont pratiquement plus simples que celles des lois ordinaires, ce qui n'est cependant pas un paradoxe, souligne Burdeau, car cela tient aux buts du gouvernement : faire la Révolution nationale<sup>2</sup>. La seconde conséquence que dégage Burdeau de la souplesse de la Constitution est la suivante : les Lois Constitutionnelles de 1875 sont toujours en vigueur – la loi du 10 juillet 1940 ne les a pas abrogées – exception faite des dispositions contraires aux Actes constitutionnels du maréchal Pétain<sup>3</sup>. Notons qu'il s'agit d'un avis que rejoint pleinement Julien Laferrière : il conclut que « la constitution de 1875 s'émiette peu à peu mais elle n'a pas disparue en totalité »<sup>4</sup>. La Constitution actuelle du régime est donc constituée des Actes, ainsi que de ce qui reste des Lois Constitutionnelles de 1875. Ces actes ont été édictés par le chef de l'État, en vertu de son pouvoir constituant, qui lui est attribué par la loi du 10 juillet 1940 sous condition d'édiction d'une constitution définitive pour la France, ratifiée par la Nation. La plupart des auteurs tirent donc les conséquences de cela, il s'agit d'une constitution provisoire<sup>5</sup>.

Dès lors, les auteurs semblent convenir tacitement de la nécessité de ce régime constitutionnel transitoire, en attendant la constitution à venir. Georges Burdeau – il semble être le seul à le faire – s'interroge sur la possibilité d'un éventuel contrôle de constitutionnalité des lois en France<sup>6</sup>. Auparavant, un tel contrôle n'était pas envisageable car, de l'avis de l'auteur, le légicentrisme exacerbé et la méfiance envers les tribunaux empêchaient sa réalisation. Cependant, Burdeau explique que ces obstacles ne valent plus dans le régime actuel, car le législateur n'est plus le Parlement mais – depuis l'Acte Constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 – le maréchal Pétain. Les arguments qui servaient à fonder l'immunité du Parlement ne s'appliquent donc plus au maréchal Pétain. De plus le chef de l'État est une autorité administrative, précise l'auteur, et les actes d'autorités administratives sont susceptibles de recours<sup>7</sup>. Il est alors tout à fait possible d'envisager un contrôle de constitutionnalité des lois. Cependant il ne reste, de son propre aveu, que sur des considérations théoriques relatives à sa réalisation, et ne s'aventure pas à en dresser les traits.

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 49 et p. 285. Voir aussi : R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 87-88.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 163-165.

<sup>4</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>5</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 346 ; J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 44 *sqq.* ; J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 10-11 ; G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 55 *sqq.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

### *La place de la coutume constitutionnelle*

L'autre point relatif au cadre constitutionnel du régime nouveau qui est abordé par certains auteurs vichystes, concerne la place et de la valeur de la coutume constitutionnelle. Joseph Barthélémy estime qu'il est nécessaire que la constitution soit écrite, il est fermement opposé à une constitution coutumière<sup>1</sup>. Cependant, il n'exclut pas le rôle de la coutume dans le droit constitutionnel, et selon lui, « La constitution ne doit pas sortir des livres mais seulement de l'expérience »<sup>2</sup>. De plus, Barthélémy penche pour une constitution mutable, adaptée aux circonstances<sup>3</sup>, et non un document qui se veut gravé dans le marbre. Burdeau semble également se rapprocher de cet avis. Bien qu'il ne traite pas, à proprement parler, de la coutume dans ses écrits de l'époque, il l'évoque cependant, à propos de la révision de 1942 : « comme partout dans le domaine constitutionnel, ce sont les précédents et les coutumes qui donneront aux textes leur vrai sens »<sup>4</sup>. Julien Laferrière prend le parti opposé, dans un article consacré à la place de la coutume constitutionnelle, dans la *Revue du Droit Public*<sup>5</sup>. Il analyse la place de la coutume durant la Troisième République, pour s'interroger en parallèle sur la place de la coutume dans un régime à constitution rigide ; l'objectif sous-jacent étant d'en tirer des conclusions pour le futur régime, dont il espère donc qu'il sera fondé sur une constitution rigide<sup>6</sup>. Laferrière n'est que très modérément réceptif à l'idée d'une coutume constitutionnelle, dont les règles seraient supra législatives<sup>7</sup>, et il ajoute que cela est incompatible avec la notion de constitution écrite<sup>8</sup>. Selon lui, dès lors qu'une constitution écrite existe, elle invalide *de facto* une quelconque coutume contre la constitution, ou encore une coutume *contra legem*<sup>9</sup>. Globalement, il réfute une valeur constitutionnelle à la coutume en posant le problème ainsi : l'État constate-t-il le droit, ou le crée-t-il ? Pour Laferrière, il le crée<sup>10</sup>. Il estime alors, finalement, que sans que l'on parle réellement de création de coutume, il existe des règles non-explicites de prime abord, contenues dans la constitution<sup>11</sup>, mais il s'agirait plutôt d'usages, de traditions, qui ne sont supérieurs ni à la Constitution, ni même à la loi, et qui ne peuvent aller à l'encontre de celles-ci. Ainsi, Laferrière penche pour une minoration absolue de la place de la coutume, alors que Barthélémy semble lui faire une place plus importante : au-delà d'une simple clef de lecture des textes, elle doit servir de source

---

<sup>1</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 7.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 16-17.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 275-276.

<sup>5</sup> J. LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle : son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 20 *sqq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 42.

d'inspiration à ceux-ci. Georges Liet-Veaux, pour sa part, se place dans une position alternative : il admet tout à fait l'existence et l'importance d'une coutume constitutionnelle, fondée sur les vues de l'opinion publique<sup>1</sup>, mais elle ne peut fonder à elle seule la continuité du droit public, ni se prévaloir d'une supériorité constitutionnelle<sup>2</sup>.

*Les déclarations de droits et la question de la limitation du pouvoir*

C'est, enfin, de la place des déclarations des droits, dont il va être question. Là encore, nul consensus ; si certains auteurs semblent ignorer le sujet, d'autres, tel Julien Laferrière<sup>3</sup>, l'évident rapidement. Plusieurs doctrinaires affirment cependant leur position à ce propos. De l'avis de Georges Burdeau, « la pratique des déclarations de droits ne mérite pas de se perpétuer »<sup>4</sup>. Il leur reproche d'abord de fausser le sens de la Constitution : l'idée de droit, explique l'auteur, doit se trouver dans la Constitution, et non en dehors. De plus, cela incite le peuple à se soulever contre l'autorité, et cela pousse les gouvernants – au nom de leur nécessaire liberté à gouverner – à violer ces principes<sup>5</sup>. Le recours à la déclaration des droits est donc, de l'avis de Burdeau, une mauvaise technique de limitation du pouvoir. La position de Joseph Barthélémy prend le contrepied de celle de Burdeau. Il revient sur les différentes formes que peuvent prendre ces déclarations ; en premier lieu, il se prononce en faveur d'une affirmation des principes de l'État qui serait contenue dans la Constitution<sup>6</sup>. Il déplore l'absence d'une telle déclaration dans les Lois Constitutionnelles de 1875, et promeut, pour la Constitution à venir, le triptyque « travail, famille, patrie ». Par la suite, il traite des déclarations de droits comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Selon lui, cette dernière est un grand moment de l'histoire du monde. Les déclarations de ce type sont liées à l'impérieux désir de liberté du peuple<sup>7</sup>, et soit qu'on s'en félicite, soit qu'on la craigne, il convient de prendre en compte cette appétence pour la liberté. Ainsi, à demi-mots, il explique qu'une déclaration des droits peut être d'ordre à satisfaire les peuples et réfréner les passions révolutionnaires. Enfin, Barthélémy énonce la nécessité d'une déclaration des devoirs, afin d'affirmer les valeurs du travail, du respect des lois, du dévouement à la patrie, de la suprématie du bien commun sur les intérêts particuliers, et du respect des valeurs morales et spirituelles<sup>8</sup>. Pour finir, Georges Liet-Veaux part du constat selon

---

<sup>1</sup> G. LIET-VEAUX, *La continuité en droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, op. cit., p. 173 et p. 283.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 173-177.

<sup>3</sup> J. LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle : son rôle et sa valeur en France », art. cité, p. 20 : Le rigorisme de Julien Laferrière le pousse à ce simple constat : si la Constitution contient une déclaration des droits, alors elle peut avoir valeur positive, Dans le cas contraire, ce n'est pas le cas.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 34.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, op. cit., p. 34.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 35-37.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 38-39.



lequel le positivisme classique de la Troisième République rejetait l'idée de déclaration des droits et de supra-légalité, et semble se féliciter que ce ne soit plus le cas avec l'avènement du régime de 1940. « Il a fallu la révolution constitutionnelle pour faire comprendre qu'il n'est pas de révolution solide qui ne se fonde sur une certaine idéologie, qui ne poursuive un certain idéal »<sup>1</sup> ajoute-t-il, pour renforcer l'idée de l'importance d'un document présent dans la Constitution, qui indique les principes cardinaux de l'État, et donc ses buts. En ce qui concerne le régime de Vichy, il précise que la constitution définitive devrait contenir un large préambule énumérant les droits et les devoirs de l'État, mais que pour le moment il faut se référer aux « principes de la communauté », définis par le maréchal Pétain<sup>2</sup>. Mais ces principes n'ont, selon l'auteur, ni force légale, ni force constitutionnelle, de sorte que personne ne peut s'en prévaloir devant les tribunaux. Il énumère cependant les dispositions supra-légales encore en vigueur – quitte à ce que le régime les supprime par la suite – qui marquent la continuité juridique du régime précédent avec le régime actuel<sup>3</sup>. Il explique notamment que les dispositions relatives aux libertés individuelles traduisent le mieux le principe de continuité du droit à travers les révolutions. Il prend pour exemple le cas du principe d'égalité devant la loi, qui prévaut encore après 1940, et ce, explique-t-il, quand bien même il existe la distinction fondamentale entre juifs et non juifs qui, de son propre aveu, viole ce principe mais ne l'abroge pas. L'égalité devant la loi prévaut toujours pour l'État, mais les circonstances actuelles s'expliquent par l'état de nécessité<sup>4</sup>.

La question de la déclaration des droits touche donc à celle de la limitation du pouvoir. Dans ce domaine, si Bonnard ne traite pas spécifiquement de la nécessité ou non d'une déclaration, mais il s'attache à démontrer qu'il existe une limitation du pouvoir de l'État. Cette limitation, Bonnard ne fait que l'évoquer théoriquement, mais elle demeure assez proche de l'idéologie de ces déclarations, car il s'agit d'une limitation par le droit naturel<sup>5</sup>. Il reste vague sur le contenu de ce droit naturel, mais catégorique sur le principe, la Révolution nationale implique bien plus l'idée de droit naturel que la démocratie, qui aboutirait nécessairement au positivisme juridique<sup>6</sup>. Bonnard explique qu'un régime autoritaire ne sort pas nécessairement affaibli d'une limitation par le droit naturel, bien au contraire<sup>7</sup>. En revanche, une limitation juridique – qui est plutôt une limitation par du droit positif – lui semble bien moins envisageable : sous sa forme négative, celle soutenue par la doctrine libérale explique-t-il, elle consiste à empêcher l'État d'agir et affaiblit le pouvoir politique, elle est donc à exclure. Au contraire, sous sa forme posi-

---

<sup>1</sup> G. LIET-VEAUX, *La continuité en droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, op. cit., p. 422-423.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 423

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 424 sqq.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 424.

<sup>5</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 161. Il parle d'un droit antérieur et extérieur à l'État, guidé par les principes de Justice et de Bien public.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 163.

tive, en obligeant l'État à agir, c'est-à-dire par le biais d'une doctrine interventionniste, la limitation peut se concevoir<sup>1</sup>. Bonnard reste ici également sur le registre théorique, sans apporter plus de précisions.

En définitive, qu'il s'agisse de la forme de la Constitution, de la place de la coutume, ou encore de la limitation du pouvoir de l'État, par une déclaration de droit, ou du droit naturel, à la lecture des écrits doctrinaux un constat s'établit. Construire l'assise d'un régime autoritaire ne s'accompagne pas, pour ces auteurs, d'une négation de l'État et du Droit. Au contraire, il s'agit de mettre en avant l'idée que l'autoritarisme du régime se fonde sur un État de Droit, avec ses limites et ses caractéristiques juridiques. Là encore, les avis des auteurs divergent sur certains points techniques, mais cette idée globale se dégage incontestablement de leurs écrits.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 164.

*Section II – Les institutions de l'État français,  
entre désir de continuité et rupture*

L'analyse positive des institutions de l'État français par la doctrine, et particulièrement celle du gouvernement, met en lumière l'ambivalence constante entre continuité et rupture dans le dialogue entre les auteurs. D'un côté, la nouveauté de l'organisation institutionnelle du régime est mise en avant ; mais de l'autre, elle est parée du masque de la pérennité, l'image fantasmée d'un héritage perfectionné (§ 1). La réforme constitutionnelle de 1942 confronte cependant les auteurs à la complexe réalité d'un État en proie aux luttes de pouvoirs (§ 2).

**§ 1. L'appareil gouvernemental renouvelé**

S'attachant à décrire les institutions gouvernementales qui entourent le chef, des auteurs mettent en avant l'image d'une direction de l'État renouvelée et renforcée, autour du principe autoritaire. Pour ce faire, l'accent est mis sur l'image du « chef en ses conseils »<sup>1</sup>, par le biais des écrits concernant le gouvernement, et ceux relatifs aux organes auxiliaires.

*L'organisation du gouvernement : hiérarchie et pouvoir gouvernemental*

Concernant l'organisation du gouvernement, la principale caractéristique avancée par les auteurs est celle de la hiérarchie. Il était auparavant impossible, explique Bonnard, qu'un tel rapport de subordination au sein du gouvernement existât, à cause de la responsabilité des ministres devant le Parlement<sup>2</sup>. Il existait alors une hiérarchie gouvernementale en droit, mais pas en fait, et c'était l'ensemble du gouvernement, et donc l'appareil de l'État, qui était soumis au Parlement<sup>3</sup>. L'abandon de cela, couplé aux lois du 6 septembre 1940 et du 18 avril 1942, entraîne selon l'auteur une organisation pyramidale, dans le respect du principe autoritaire, qui part du chef de l'État, au sommet, et descend vers son subordonné direct, le chef du gouvernement (qui était auparavant le vice-président du Conseil), puis vers les ministres secrétaires d'État<sup>4</sup>, et enfin les secrétaires d'État. Georges Burdeau établit le même constat, en expliquant que ce rapport de subordination prévaut au sein même du gouvernement, puisque le chef du gouvernement est *au-dessus* des ministres, et non pas un simple *primus inter pares*<sup>5</sup> comme il l'était avant. De même, tous les ministres ne sont pas égaux entre eux, certains bénéficient d'un statut plus important que d'autres<sup>6</sup>. L'analyse approfondie du rôle et de la fonction chef du gouvernement fera l'objet du para-

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 346.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 349.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 352.

<sup>4</sup> Les ministres sont appelés « secrétaires d'État », bien que certains textes mentionnent encore le terme de « ministre » ; il semblerait que ce second terme soit utilisé pour désigner les hommes les plus importants du gouvernement. Une confusion sur les termes demeure. G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 241.

<sup>5</sup> « Premier parmi les pairs », donc dans un rapport d'égalité.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 242 sqq.

graphe suivant, puisque le statut de ce dernier a été l'objet d'une refonte totale en 1942.

En ce qui concerne les ministres, ces derniers ont une triple responsabilité. Une responsabilité civile d'abord, qui est pécuniaire, elle concerne les dommages causés à un particulier ou à l'État par la faute personnelle du ministre. Ils ont ensuite une responsabilité politique ensuite, qui jouait autrefois, selon les textes, devant le président de la République et le Parlement, mais, en fait, uniquement devant le Parlement, et qui joue dorénavant devant le chef de l'État seulement. Les ministres ont une responsabilité pénale, enfin, qui s'applique pour les crimes commis dans l'exercice de leur fonction, et qui correspond en substance à la responsabilité pénale des ministres sous la Troisième République. Ces considérations appuient l'idée, à la fois d'une continuité en droit entre le régime précédent et celui qui se met en place, mais aussi d'un État qui cherche à promouvoir l'idée d'une certaine légalité. De plus, une responsabilité disciplinaire spéciale exercée par le chef de l'État – en application de l'acte Constitutionnel n° 7, § 3 et § 4 – renforce le principe de subordination de ces derniers vis-à-vis de lui<sup>1</sup>. S'ajoute à cela le serment que doivent prêter les secrétaires d'État devant le chef de l'État, qui entérine l'idée d'un perfectionnement dans la pratique gouvernementale en introduisant la notion de fidélité et d'étroite collaboration en plus de celle de hiérarchie<sup>2</sup>. Par ailleurs, Roger Bonnard relève également deux autres moyens d'assurer l'effectivité de la subordination au chef de l'État, en plus de la responsabilité et du serment<sup>3</sup>. D'une part, depuis la révision de 1942, le chef de l'État nomme le chef du gouvernement, qui lui-même nomme les ministres et secrétaires d'État sur agrément du chef de l'État (initialement ce dernier nommait l'intégralité du gouvernement). D'autre part, Philippe Pétain possède un pouvoir d'intervention à chaque degré de la hiérarchie, l'article 2 de la loi du 10 février 1941 prévoit notamment que le chef du gouvernement dirige et coordonne, sous l'autorité du chef de l'État, l'action des membres du ministère. L'idée étant, ici, que l'autorité de Pétain irrigue toute la pyramide.

Ce que la doctrine autoritaire cherche à montrer ici, c'est que le pouvoir n'émane alors plus du Parlement, comme c'était le cas sous le régime précédent, mais du gouvernement avec le chef de l'État en fer de lance. L'expression alors choisie pour traduire les moyens d'action de l'État est celle de « pouvoir gouvernemental »<sup>4</sup>. Roger Bonnard, s'appuyant sur l'Acte Constitutionnel n° 2, dégage trois fonctions à ce pouvoir : administrative, diplomatique, et législative<sup>5</sup>. L'état des lieux de la fonction administrative est l'occasion pour Bonnard de souligner cette idée de transfert de pouvoir du Parlement vers le gouvernement, et d'ajouter que cette fonction

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 350-351.

<sup>2</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 290. Image de façade puisque nous avons déjà vu le caractère hétéroclite du gouvernement, plus propice aux compromis dilatoires qu'à l'union sacrée : part I, chap. I, sect. II, § 2, p. 36 *sqq.*

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 350.

<sup>4</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 353.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 353 *sqq.*

étant lourde, elle ne peut être exercée seule par le chef de l'État. L'action du gouvernement prend alors tout son sens, explique-t-il, la masse la plus importante de l'exercice de la fonction étant impartie à l'administration, « il reste au gouvernement les décisions de principe les plus importantes »<sup>1</sup>. La fonction diplomatique, continue l'auteur, traduit « l'effectivité et l'exclusivité des pouvoirs du chef de l'État »<sup>2</sup>. Il est tout de même nécessaire de souligner une difficulté liée au partage, depuis 1942, avec le chef du gouvernement, de cette fonction initialement détenue à titre exclusif par le chef de l'État. Philippe Pétain ne dispose plus alors que des initiatives diplomatiques, mais, précise l'auteur, conserve néanmoins le contrôle de la fonction, avec un droit de regard sur l'action du chef du gouvernement.

L'accent est surtout mis sur la fonction législative, dont le doyen de Bordeaux précise qu'elle est détenue par le chef de l'État dans sa totalité et son exclusivité<sup>3</sup>, avec l'aide du gouvernement et des conseils consultatifs. Il concède par la suite, en accord avec les termes de l'Acte Constitutionnel n° 2, que cette fonction est temporaire et doit cesser lorsque les assemblées législatives prévues par la loi du 10 juillet auront été créées. Cependant, il ajoute que le projet de constitution actuel semble prévoir des dispositions différentes<sup>4</sup>, mais ne donne pas plus de précisions. L'examen par Roger Bonnard de la fonction législative débouche sur une typologie des actes législatifs, que l'on retrouve également chez Georges Burdeau. Les lois édictées par le chef de l'État traduisent à la fois un pouvoir législatif et réglementaire, et sont exercées par décret. S'en suit une confusion organique, comme le signale Bonnard : la distinction matérielle entre loi et règlement subsiste pour ce dernier, les lois du chef de l'État ont les mêmes caractéristiques que celles qu'avaient le Parlement, et les dispositions réglementaires leur sont subordonnées<sup>5</sup>, mais il n'y a pas de distinction organique puisqu'il s'agit, dans les deux cas, de décrets du chef de l'État. La distinction est donc tributaire du chef, mais est néanmoins conditionnée par le type d'acte émis : s'il est initial et inconditionné, il s'agit d'une disposition législative, s'il est subordonné au premier type d'acte, alors c'est une disposition réglementaire. Burdeau est à la fois plus catégorique est plus précautionneux. Pour ce dernier, la distinction entre lois et règlements n'a plus lieu d'être, puisque le chef de l'État possède indistinctement ces deux pouvoirs. Néanmoins, il faut les distinguer, puisque l'Acte Constitutionnel n° 2 ne saurait attribuer au chef de l'État le pouvoir législatif s'il n'avait pu prendre toutes les mesures nécessaires à l'action du gouvernement par voie réglementaire<sup>6</sup>. Cependant, il ajoute que les critères de la distinction ne sont pas aisés à définir, ceux qui se dégagent semblant peu concluants. Selon Bonnard, il suffirait simplement de se référer à la mention « le présent décret sera publié au *Journal Officiel* et exécuté comme loi d'État », qui est censée octroyer la qualification

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 353-354.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 355.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 357. Il n'indique cependant pas de quel projet de constitution il s'agit.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 305-308.

de loi à un acte<sup>1</sup>. En définitive, le message que souhaite faire passer Bonnard avec cet état des lieux du pouvoir législatif, c'est que l'exercice des lois sous le régime de Vichy diffère du procédé des décrets-lois qui avait cours dans les dernières années de la Troisième République. Les décrets-lois étaient limités quant à leur objet et leur but, ce qui n'est pas le cas des lois de Vichy. De plus, elles ne sont pas qu'une extension du pouvoir réglementaire, puisqu'elles ne dépendent pas d'une habilitation parlementaire<sup>2</sup>. C'est l'image d'un pouvoir législatif fort aux mains du chef de l'État qui est présentée.

*Les autres organes de l'action étatique : le chef en ses conseils*

Si les auteurs mettent en avant l'image d'un chef fort et central, ils concèdent évidemment que ce dernier ne peut gouverner seul. Ainsi Burdeau énumère, autour du chef et pour l'aider dans sa mission de gouvernement, trois types d'organes : les organes de décisions – le chef de l'État et le gouvernement que nous avons vus précédemment – puis les organes de préparation et d'information – le Conseil d'État et le Conseil national<sup>3</sup> – et enfin les organes de collaboration à l'action gouvernementale<sup>4</sup>. Si les deux premiers éléments ne posent guère de problèmes quant à leur définition et à leur existence, le dernier est en revanche plus incertain, du propre aveu de Burdeau. Il s'agit en effet ici des anciennes chambres législatives – mais ces dernières sont actuellement ajournées – ainsi que des éléments du système corporatif, mais force est de constater qu'on ne dispose pas vraiment d'informations claires à ce propos. Burdeau essaie de systématiser le régime à partir des éléments dont il dispose. Le nombre de précautions prises par l'auteur nous paraît particulièrement significatif, en ce qu'il traduit une certaine incertitude, notamment avec l'emploi régulier du conditionnel et du champ lexical du doute<sup>5</sup>. On note néanmoins que l'entreprise de Burdeau cherche à ancrer dans le durable les observations qu'il fait à propos de la direction de l'État<sup>6</sup>. Cette perplexité se retrouve également chez Julien Laferrière, lorsqu'il s'essaie à entrevoir le rôle des futures assemblées. Il explique que leur rôle premier sera probablement de faire les lois et voter les recettes et les dépenses, ainsi que « collaborer avec le gouvernement ». Ainsi, elles n'exerceront peut-être pas seules leurs prérogatives, explique-t-il<sup>7</sup>. Cependant rien n'est certain et il ne fait ici que des suppositions. L'idée cardinale ici reste néanmoins de promouvoir l'image d'un chef qui ne gouverne pas seul, mais aidé de ses conseils. On retrouve une idée similaire chez Joseph Barthélémy, lorsqu'il traite de la forme qu'il entend voir prendre à l'État

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 358.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 359.

<sup>3</sup> Ce qui marque parfaitement l'ambivalence entre rupture et continuité, puisque le Conseil d'État est un organe du passé, et le Conseil national un organe nouvellement créé.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 235.

<sup>5</sup> Voir notamment : *Ibid.*, p. 258.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 258 : « On ne peut cependant pas passer sous silence les promesses qui se dessinent... »

<sup>7</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 64.

corporatif. En effet, s'il ne sait quel choix convient le mieux entre un conseil consultatif, ou une chambre corporative dotée de pouvoirs législatifs, on retrouve néanmoins cette base consultative dans les institutions qu'il espère voir naître<sup>1</sup>.

Derrière cette image du chef secondé par ses conseils, il est permis de supposer que c'est également le rôle que souhaiterait jouer la doctrine en la matière, à l'image d'un Joseph Barthélémy garde des sceaux, qui participa à la rédaction de l'un des projets de constitution, de 1941<sup>2</sup>, ou d'un Georges Ripert doyen de la faculté de droit de Paris, devenu secrétaire d'État à l'instruction publique et à la jeunesse<sup>3</sup>. On peut alors alléguer, avec Michèle Cointet-Labrousse, que certains de ces doctrinaires ont joué, ou voulu jouer, un rôle dans l'affermissement des vues du chef. L'auteur relève l'exemple d'un projet de constitution mené par Yves Bouthillier, à forte tendance de souveraineté populaire, que Pétain ne suivra pas, convaincu et rassuré par les professeurs de droit que l'autorité vient d'en haut, pas d'en bas<sup>4</sup>.

## § 2. La rupture de 1942 et la dyarchie

Malgré l'idéal d'une stabilité renouvelée du gouvernement qui est vanté par la doctrine, le régime subit en 1942 une réforme constitutionnelle qui entraîne une refonte à la tête de l'État, et fait passer le régime de la monarchie à la dyarchie officielle. Cela marque une rupture au sein même de l'État nouveau, qui traduit un manque de repère, un défaut de souveraineté voire d'autorité du chef. Louis Delbez consacre un article à cette révision constitutionnelle dans la *Revue du Droit Public*, dans lequel il fait état d'une réforme « substituant à un régime de monarchie absolue, dans lequel il n'existe qu'un seul chef détenant et exerçant lui-même toutes les fonctions de l'État, un régime dualiste, caractérisé par l'existence de deux chefs, entre qui sont répartis, suivant un dosage d'ailleurs inégal, les diverses prérogatives étatiques »<sup>5</sup>. Cette révision se matérialise par l'édiction de l'Acte Constitutionnel n° 11 du 18 avril 1942 et de l'Acte Constitutionnel n° 12 du 17 novembre 1942<sup>6</sup>, ainsi que par la quatrième refonte de l'Acte Constitutionnel n° 4 relatif à la succession du chef de l'État, le 17 novembre 1942.

L'Acte n° 11, tout d'abord, entraîne la création d'un poste de « chef du gouvernement » en lieu et place de l'ancien vice-président du Conseil. Le vice-président du Conseil était auparavant un agent d'exécution du chef de l'État – qui présidait le Conseil – et lui était subordonné. Dorénavant il

---

<sup>1</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, op. cit., p. 10-11 ; G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 201 sqq.

<sup>2</sup> M. COINTET-LABROUSSE, *Vichy et le fascisme, Les hommes, les structures et le pouvoir*, éd. Complexes, coll. Questions au XX<sup>e</sup> siècle, 1987, p. 215.

<sup>3</sup> D. GROS, « La légitimation par le droit », in *Serviteurs de l'État, Une Histoire politique de l'administration française (1875 – 1940)*, dir. M.-O. BARUCH et V. DUCLERT, éd. La Découverte, Paris, 2000, p. 35.

<sup>4</sup> M. COINTET-LABROUSSE, *Vichy et le fascisme, Les hommes, les structures et le pouvoir*, op. cit., p. 219.

<sup>5</sup> L. DELBEZ, « la révision constitutionnelle de 1942 », art. cité, p. 93.

<sup>6</sup> Complété par l'Acte Constitutionnel n° 12 bis le 26 novembre 1942.

existe une dissociation entre les fonctions de chef de l'État et celles de chef du gouvernement. Louis Delbez appelle alors ce système le « duumvirat »<sup>1</sup>. Cet Acte est ainsi rédigé :

*La direction effective de la politique intérieure et extérieure de la France est assurée par le chef du gouvernement, nommé par le chef de l'État et responsable devant lui.*

*Le chef du gouvernement présente les ministres à l'agrément du chef de l'État ; il lui rend compte de ses initiatives et de ses actes.*

La situation du chef du gouvernement est donc d'avantage rehaussée par rapport à celle des secrétaires d'État, puisque le statut de ce dernier existe dans un acte constitutionnel, tandis que les secrétaires d'État sont créés par une loi. De plus le chef du gouvernement exerce les pouvoirs exécutif et législatif concurremment avec le chef de l'État. Celui-ci reste néanmoins subordonné à celui-là, l'Acte n° 11 prévoyant en effet que le chef du gouvernement rend des comptes au chef de l'État, et qu'il est responsable politiquement devant lui ; De la sorte, selon Delbez, le principe autoritaire reste sauf, puisque ce duumvirat reste hiérarchisé et inégalitaire<sup>2</sup>.

Ce constat, qui vient tempérer les prérogatives importantes octroyées au chef du gouvernement, est également fait par Georges Burdeau. Craignant un retour à la situation de la Troisième République, c'est-à-dire, selon ses vues, un affaiblissement du chef de l'État, et par extension du gouvernement, Burdeau vient expliquer qu'il n'en est rien, car le chef du gouvernement est nommé et responsable devant le chef de l'État, qui n'a fait ici que déléguer l'exercice de ses pouvoirs<sup>3</sup>. Ainsi, de l'avis de l'auteur, l'autorité du premier n'est que le reflet de l'autorité véritable du second ; si Pierre Laval a la direction effective de la politique, il reste à Philippe Pétain la « direction morale »<sup>4</sup>. Julien Laferrière se range également derrière cet avis : le chef de l'État conserve tout de même ses pouvoirs, qu'il peut exercer sans le consentement d'aucune autorité, il a donc un rôle plus important que celui du président de la Troisième République<sup>5</sup>. Roger Bonnard, enfin, fait le constat d'un dualisme au sommet de l'État, mais tempère également l'importance de celui-ci. Il explique que si le dualisme ne s'impose pas nécessairement dans un régime autoritaire, il peut avoir cela d'utile que si la responsabilité du gouvernement n'existe pas devant le parlement, le gouvernement a une certaine responsabilité politique devant l'opinion. Dès lors cela peut permettre de « dégager dans une certaine mesure le chef de l'État de tout ou partie de cette responsabilité politique devant l'opinion et de la faire encourir par le chef du gouvernement »<sup>6</sup>.

Le statut du chef du gouvernement est également renforcé par l'Acte Constitutionnel n° 12 édicté par la suite, qui lui prévoit la faculté de promul-

---

<sup>1</sup> L. DELBEZ, « la révision constitutionnelle de 1942 », art. cité, p. 94.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 95-96.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 275-276.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 277-278.

<sup>5</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 154.

<sup>6</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 347.



guer les lois et les décrets, sous sa seule signature, à l'exception des lois constitutionnelles. Si l'Acte n° 11 avait une portée politique effective, celui-ci vient le compléter par des dispositions juridiques concrètes. Il vient modifier la répartition des compétences : avant cette réforme, un seul organe constitutionnel détenait et exerçait la fonction exécutive et législative<sup>1</sup>. Dorénavant, explique Delbez, les Actes n° 12 et 12 *bis* entament ces principes, en octroyant de larges pouvoirs exécutifs et législatifs au chef du gouvernement, de sorte que le régime n'est plus un système de concentration des pouvoirs<sup>2</sup>. Il reste néanmoins un régime de confusion des fonctions, car l'exécutif et le législatif sont enchevêtrés, simplement, ils demeurent conjointement dans les mains de deux organes.

Cet acte vient modifier les attributions constitutionnelles, de façon qu'il existe, à partir de là, des attributions exclusives réservées au maréchal Pétain, des attributions conjointes entre le chef du gouvernement et le chef de l'État, et des attributions concurrentes, exercées à la fois par l'un et l'autre, de manière indépendante<sup>3</sup>. Les actes des deux premières catégories ne posent guère de difficultés ; le chef de l'État exerce à titre exclusif notamment son pouvoir de justice politique, le commandement en chef des armées, son droit de grâce, ou encore le droit de nommer, contrôler, et révoquer le chef du gouvernement. Les actes exercés conjointement sont soumis au seing du chef de l'État et au contreseing du chef du gouvernement<sup>4</sup>. En ce qui concerne les attributions concurrentes en revanche, la situation est plus complexe, puisqu'il s'agit de la fonction législative et de la fonction exécutive, que chacun est habilité à exercer seul. Delbez souligne bien le problème que cela peut poser en termes de concurrence des normes, puisqu'on ne sait ce qu'il se passerait en cas de contrariété entre une loi qui émane du maréchal Pétain et une loi qui émane de Pierre Laval<sup>5</sup>. L'auteur tente tout de même d'apporter une solution au problème : il rappelle que les deux organes sont hiérarchisés et que le chef du gouvernement est responsable devant le chef de l'État, de sorte que « la volonté du supérieur finit toujours par s'imposer »<sup>6</sup>. Il concède néanmoins que ce nouveau régime juridique embrume un peu plus le panorama juridique antérieur, ajoutant à l'opacité des actes législatifs et administratifs du chef de l'État, celle des actes administratifs et législatifs du chef du gouvernement, et obscurcit dans la pratique la distinction entre lois et décrets<sup>7</sup>.

L'Acte Constitutionnel n° 4 *quinquies*, enfin, renforce aussi la situation du chef du gouvernement, en faisant de ce dernier le suppléant direct du chef de l'État. Il vient donc complexifier la situation à deux niveaux.

---

<sup>1</sup> L. DELBEZ, « la révision constitutionnelle de 1942 », art. cité, p. 100.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 102 *sqq.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 105 : Il s'agit des décrets d'amnistie, la nomination des secrétaires d'État, la déclaration de l'état de siège et l'exercice des fonctions diplomatiques.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 112.

Tout d'abord, il est la quatrième révision de l'ordre de succession du chef de l'État, et loin de venir clarifier la situation, il ne fait que renforcer les interrogations que nous avons établies à ce propos<sup>1</sup>. Il consacre Pierre Laval au poste de successeur, mais sans apporter plus de précisions sur le sort du pouvoir constituant en cas de décès du maréchal Pétain. Nous avons vu que Louis Delbez s'appuie sur cette révision et justifie la transmission du pouvoir constituant, car ce pouvoir a été remis « au gouvernement de la République », selon les termes de la loi du 10 juillet 1940<sup>2</sup> ; mais d'une façon plus générale, cet avis est loin d'être unanime<sup>3</sup>. En réalité, l'édition de cet acte est avant tout une mesure pratique, prise en raison des circonstances. En l'espèce il vient sanctionner le ralliement de l'amiral Darlan – l'ancien Dauphin d'après l'Acte Constitutionnel n° 4 *quarter* – aux forces Alliées à la suite du débarquement américain en Afrique du Nord dans la nuit du 7 au 8 novembre 1942, et consacre donc le retour de Pierre Laval en tant que successeur du chef. L'invasion de la zone libre par les troupes allemandes le 11 novembre 1942 et les pressions exercées par l'occupant, poussent Pétain à une modification de l'ordre successoral, ainsi qu'à la signature de l'Acte Constitutionnel n° 12 vu ci-dessus<sup>4</sup>. Il n'a donc pas pour vocation de venir résoudre les problèmes d'interprétation, mais plutôt de parer empiriquement aux difficultés qui se présentent au régime, ce qui explique la difficulté de la doctrine à en tirer une interprétation claire. Du propre aveu de Delbez, le régime juridique qui en découle se donne comme une solution pour « faire face rapidement, en toute heure et tous lieux, aux difficultés que traverse la France », manière partielle d'expliquer qu'il s'agit d'un régime guidé par la nécessité<sup>5</sup>.

Ensuite, et surtout, cet acte vient entamer l'une des composantes de la définition du régime autoritaire : la cooptation. En effet, de prime abord, le rôle du chef de l'État était prééminent dans la désignation de son successeur, et le conseil des Ministres intervenait à titre supplétif. L'Acte n° 4 *quinquies* modifie ce système, le conseil des Ministres joue un rôle primordial et la cooptation n'intervient qu'à titre supplétif, pour pourvoir à la suppléance<sup>6</sup>. Cet acte prévoit en effet deux éventualités : ou bien le chef de l'État est temporairement empêché d'assurer l'exercice de ses fonctions, dans ce cas c'est Pierre Laval, désigné nommément par lui, qui doit assurer la suppléance ; ou bien il est définitivement empêché, et dans ce cas, le conseil des Ministres doit se réunir pour désigner le successeur à la majorité des voix. Partant de là, deux difficultés d'interprétations sont relevées par Delbez. Dans un premier temps, il constate que dans les anciennes versions de l'Acte Constitutionnel n° 4, il était prévu qu'en cas de vacance du chef de

---

<sup>1</sup> Voir partie I, chap II, sect. II, § 2.

<sup>2</sup> L. DELBEZ, « la révision constitutionnelle de 1942 », art. cité, p. 99.

<sup>3</sup> Voir partie I, chap. II, sect. II, § 2.

<sup>4</sup> M. COINTET-LABROUSSE, *Vichy et le fascisme, Les hommes, les structures et le pouvoir*, op. cit., p. 211-213 ; J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, op. cit., p. 281.

<sup>5</sup> L. DELBEZ, « la révision constitutionnelle de 1942 », art. cité, p. 114.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 97.

l'État nouvellement désigné, l'intérim du pouvoir serait assuré par le conseil des Ministres, le temps qu'il élise le successeur au pouvoir, alors que l'Acte n° 4 *quinquies* ne précise rien à ce propos. Cela ne peut être que volontaire, précise Delbez, en ajoutant qu'on ne sait pas quelle interprétation donner à ce silence<sup>1</sup>. Dans un second temps, cet acte précise que le conseil des Ministres « définira et fixera en même temps les pouvoirs et attributions respectifs du chef de l'État et du chef du gouvernement, dont les fonctions seront distinctes ». Là encore, Delbez remarque que cette modalité n'est pas claire ; sans doute va-t-elle servir à faciliter la tâche du conseil des Ministres, car pour le moment la répartition des fonctions entre le chef de l'État et le chef du gouvernement a été faite *ad hominem*, pour s'appliquer à la situation précise des rapports entre Pétain et Laval, mais risque de ne pas être adaptée à un autre « duo »<sup>2</sup>.

Nous nous rendons compte ici que cette révision constitutionnelle n'a fait l'objet que d'une seule étude systématique par un auteur du régime, Louis Delbez. Il est cependant possible de prendre conscience, avec celle-ci, des difficultés d'interprétation et de la complexification qu'entraîne cette réforme, au sein même des auteurs qui cherchent à systématiser le régime et lui apporter une cohérence. De plus, l'examen de cette étude permet une comparaison plus significative avec quelques auteurs qui ont pu laisser transparaître un avis sur la révision, et ainsi enrichir le débat entre les doctrinaires du régime de Vichy. Il convient néanmoins de prendre des précautions, si l'analyse de Louis Delbez reste temporellement proche de la révision – elle intervient dans le numéro de la *Revue du Droit Public* de 1943 – celles d'auteurs comme Georges Burdeau, Roger Bonnard ou Julien Laferrière sont déjà présentes dans leurs écrits de 1942, c'est-à-dire qu'elles jouxtent celle-ci. Cette proximité dans le temps se voit avec les précautions prises par Burdeau lorsqu'il se risque à traiter de la délégation partielle de l'Acte Constitutionnel n° 12. En effet, s'il constate que la répartition des compétences qui en découle altère sensiblement le sens de l'expression « pouvoir gouvernemental », il ajoute, en se demandant si cette expression est dès lors vide de sens, que « la réponse dépendra des rapports que l'évolution politique établira entre le Maréchal et le chef du gouvernement »<sup>3</sup>. Bonnard fait également preuve de prudence, en précisant que si l'Acte Constitutionnel n° 11 revient sur la confusion des fonctions entre chef de l'État et chef du gouvernement, l'organisation qui en découle est provisoire, la situation définitive « devra être établie par la constitution qui est actuellement en élaboration »<sup>4</sup>. Ces éléments renforcent l'impression qui se dégage de l'analyse positive des éléments constitutionnels du régime faite par la doctrine : le caractère provisoire, transitoire et empirique du régime laisse paraître une opacité, qui rend difficile une quelconque systématisa-

---

<sup>1</sup> *Ibid.* ; il avance cependant un avis : cela doit vouloir dire que c'est au chef du Gouvernement d'assurer l'interrègne en pareil cas.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>4</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 346.

tion. Donner une assise au régime s'appuie donc sur un élément à la frontière du droit et de la politique : la légitimité.

## Chapitre II – La légitimité

Le problème de considérer l'œuvre doctrinale des juristes de Vichy comme participant à la légitimation du gouvernement est que cela se heurte au postulat selon lequel « la posture doctrinale [...] est fondée sur une argumentation rationnelle et non sur l'adhésion ou la condamnation »<sup>1</sup>. L'observation juridique présupposerait une neutralité qui rendrait le travail du juriste exempt de tout loyalisme. Or, on peut néanmoins arguer de la partialité des juristes du régime de Vichy, partialité qui permet alors de mettre en avant une certaine rhétorique du discours juridique. Dès lors que Roger Bonnard proclame qu'il croit « à la supériorité du régime autoritaire sur le régime démocratique »<sup>2</sup>, ou que Joseph Barthélémy exerce la fonction de Garde des Sceaux du régime, force est de constater que leur neutralité peut être sujette à caution. Pourtant, loin de devoir nimer les réflexions de ces juristes d'un voile pudique, il convient justement de se demander ce qu'elles peuvent apporter, avec leur partialité, à la fondation de la légitimité du régime. En somme, déconstruire le discours juridique pour mettre en lumière ce qu'il peut avoir de politique. À ce titre, la posture doctrinale des auteurs vichyste s'analyse de deux manières : d'une part d'un point de vue interne, les écrits doctrinaux en eux-mêmes ont pour objet d'asseoir la légitimité du régime, par une relecture de l'histoire qui conduit à valoriser le régime de Vichy (section I), et d'autre part d'un point de vue externe, les auteurs entament une réflexion qui porte sur le concept de légitimité lui-même (section II).

### Section I – La légitimité du régime fondée sur l'histoire

Il est tout à fait possible d'envisager l'histoire comme une étude objective des faits et des événements du passé. Mais il ne faut pas nier pour autant la potentialité symbolique du discours historique, qui, à des fins autres que celles d'un travail historique pur et dénué de prétentions prescriptives, peut servir à véhiculer un message qui dépasse la simple expression des faits. L'utilisation de l'histoire du droit par la doctrine constitutionnelle du régime de Vichy est, à ce titre, éloquente. Cette assise légitime, qui prend l'histoire pour vecteur, s'exprime en l'espèce de deux façons : une lecture téléologique des événements du passé, utilisés pour expliquer le changement de régime en 1940 (§ 1), et le recours à l'imagerie historique pour essayer de construire une mythologie du régime de Vichy (§ 2).

#### § 1. Une légitimité téléologique, expliquée par l'histoire

L'histoire est mise au service du régime, d'une manière plus ou moins consciente, par un procédé simple : élaborer une certaine lecture de l'histoire constitutionnelle qui ne puisse déboucher que sur la conclusion du caractère impératif et nécessaire du régime de Vichy. Ce lien entre histoire et légitimité met en lumière une difficulté du régime : construire une légitimité qui ne soit pas simplement charismatique, c'est-à-dire tournant autour de la personne du maréchal Pétain. La propagande de l'État ne manque pas

---

<sup>1</sup> D. GROS, « La légitimation par le droit », in *Serviteurs de l'État...*, *op.cit.*, p. 21.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 374.

d'exalter une certaine image du passé de la France, où se mêlent les notions de patriotisme, d'héroïsme, de don de soi – de la figure de Jeanne d'Arc à la victoire de Verdun en 1917<sup>1</sup> – mais sans que cela ne soit suffisant. Le recours à l'histoire constitutionnelle peut alors servir de référence, permettant de dépasser la seule figure de Pétain. Ce trait caractéristique de la doctrine de Vichy est d'ailleurs relevé à titre critique par Raymond Aron, en mars 1941. Ce dernier affirme que le régime de Vichy s'attachait alors à « écrire l'histoire des vingt dernières années de telle manière qu'elle semble conduire nécessairement à la catastrophe finale »<sup>2</sup>. Plus globalement, ce constat d'une relecture téléologique de l'histoire, s'établit à la simple lecture des plans des parties consacrées à ce sujet chez certains auteurs. En effet, il ne diffère guère d'un auteur à l'autre : il s'agit dans un premier temps de présenter la naissance et le développement de la démocratie jusqu'à son apogée, puis dans un second temps, de mettre en avant son déclin<sup>3</sup>, pour conclure, la plupart du temps, sur l'idée d'une crise de la démocratie à la fin du régime de la Troisième République. Il est intéressant de se pencher plus en détail, au travers de l'exemple de trois auteurs, sur cette manière de présenter l'histoire constitutionnelle. Bonnard fait avant tout le procès de la démocratie, et ne s'appuie sur l'histoire qu'à titre subsidiaire. Burdeau part d'un constat global de 1789 à 1940 pour essayer de dégager un sens à l'histoire. Laferrière, enfin, présente une histoire plus succincte, cantonnée à la Troisième République, mais qu'il oriente également vers l'inéluctabilité de sa chute et de l'érection du régime de Vichy.

Après avoir traité historiquement, en quelques pages, du « règne de la démocratie », Roger Bonnard fait le récit de la « crise de la démocratie »<sup>4</sup>. Mais celui-ci ne tient pas tant en une explication historique qu'en un procès théorique. En effet, nous avons pu voir les griefs de ce dernier envers la démocratie et le régime parlementaire<sup>5</sup>, et, bien qu'il situe la crise de celle-ci dans la période de l'entre-deux-guerres, Bonnard insiste surtout sur « l'antinomie propre à la démocratie »<sup>6</sup>, et sur « l'inaptitude démocratique »<sup>7</sup>. Si la base théorique de Bonnard consiste à dire que la démocratie est en elle-même viciée, on retrouve en outre l'instrument historique, utilisé afin de démontrer « les aggravations de l'inaptitude démocratique »<sup>8</sup>. Il

---

<sup>1</sup> J. CHAPOUTOT, *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918 – 1945)*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>2</sup> R. ARON, « Le gouvernement des notables », *La France libre*, 15 mars 1941, cité par : M.-O. BARUCHE, « Vichy, les fonctionnaires et la République », in *Serviteurs de l'État, Une Histoire politique de l'administration française (1875 – 1940)*, *op. cit.*, p. 19-36.

<sup>3</sup> Voir par exemple : R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 168 *sqq.* pour la section 1 : « Le règne de la démocratie » et p. 173 *sqq.* pour la section 2 : « La crise de la démocratie » ; G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 90 *sqq.* pour le chapitre 1 : « Grandeur et décadence de la démocratie » ; J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, *op. cit.*, p. 13 *sqq.*

<sup>4</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 168-173 puis p. 173-179.

<sup>5</sup> Voir partie I, chap. I, sect. 2, § 1.

<sup>6</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 173 *sqq.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 258 *sqq.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 260.

s'appuie d'abord sur le développement de la politique interventionniste des États qui, d'une part, est extrêmement difficile à mettre en œuvre pour les gouvernements démocratiques et libéraux car elle implique une réglementation positive et une intrusion de l'État dans la sphère privée, et qui d'autre part, aggraverait l'individualisme des démocraties, l'intrusion poussée de l'État orientant les individus vers la satisfaction de leurs intérêts personnels<sup>1</sup>. Il traite ensuite de la déformation des partis politiques qui, au fil de l'évolution de la Troisième République, ont cessé d'être des groupements homogènes et cohérents avec pour objectif de gouverner la nation<sup>2</sup>. Enfin, il évoque la déformation du régime représentatif, dont le système de mandat s'est corrompu progressivement, pour glisser vers un mandat impératif de fait<sup>3</sup>. On retrouve au travers de ces trois arguments une idée de processus déliquescent de l'histoire démocratique. Mais en définitive, la crise de la démocratie est moins historique que théorique car elle est, selon Bonnard, intrinsèque à sa nature. À l'inverse, Burdeau affirme que ce qui était mauvais dans le régime antérieur, ce n'était pas tant la constitution ou les institutions en elles-mêmes, que la manière dont elles furent mises en œuvre<sup>4</sup>.

Georges Burdeau assume sa démarche, puisqu'il cherche à retracer un « sens de l'évolution » dans l'enseignement de l'histoire de la France ; sens qui est « fourni par l'attitude qu'ont adoptés les constituants à l'égard de l'idée démocratique »<sup>5</sup>. Il traite alors d'une première période, qui s'étend de 1789 à 1940, et qui retrace l'ascension de la démocratie puis sa décadence, afin de mieux mettre en valeur la seconde période, dès juin 1940, qui consacre l'émergence d'une nouvelle forme politique du pouvoir. Sa chronologie est ainsi faite : de 1789 à 1814, l'idée démocratique est introduite dans les institutions ; puis, de 1814 à 1848, la démocratie bourgeoise se développe, et perdure, de 1848 à 1870, avec l'avènement du suffrage universel ; enfin, de 1870 à 1940, le gouvernement des assemblées précipite l'idée démocratique dans l'abîme<sup>6</sup>. Cette histoire sommaire – et qui se veut schématique – appuie l'idée, chez Burdeau, d'une vision cyclique des vices de la démocratie, que l'on retrouve sur des périodes plus restreintes, comme celle allant des constitutions de la Révolution française à l'Empire, qui « reproduit, en les enfermant dans un laps de temps très court, toutes les vicissitudes de l'idée démocratique. Elle s'installe d'abord sous une forme modérée, puis prétend s'appliquer intégralement, pour amener l'inévitable réaction que marque le césarisme »<sup>7</sup>.

Chez Burdeau, la Troisième République est la période du déclin de l'idée démocratique. Cela s'explique, selon l'auteur, par le déséquilibre du régime, les trop faibles pouvoirs d'action de l'exécutif sur le Parlement et la

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 261-262.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 267 *sqq.* et particulièrement p. 271.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 90 *sqq.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 91 *sqq.*

suprématie de ce dernier. À la fin du régime, le déséquilibre était si prononcé, que la politique alternait, comme un balancier, entre des phases de domination totale de l'Assemblée et des phases de pleins pouvoirs pour le gouvernement, « on passait alors d'un extrême à l'autre, du gouvernement d'assemblée à la dictature limitée dans le temps et toujours sous la menace d'avoir, un jour, à se justifier devant les assemblées »<sup>1</sup>.

Julien Laferrière, pour sa part, circonscrit son propos à l'examen de l'histoire de la Troisième République, avec cette clef de lecture indexée sur l'idée de grandeur et de décadence. La Troisième République se déroule elle aussi, dans le récit de cet auteur, comme un processus qui croît jusqu'à son zénith, et plonge vers son crépuscule<sup>2</sup>. Il commence par présenter les qualités de la Constitution de 1875, en décrivant une constitution qui a été la plus longue parmi les constitutions françaises, très souple et qui a su être assez malléable pour s'adapter aux difficultés. Bien qu'elle fût vue comme temporaire par ses rédacteurs – tout comme par ses détracteurs – il souligne sa durée. Puis il pointe les difficultés et les heurts qui apparaissent à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, qui vont l'affaiblir et la fissurer : la poussée démocratique sociale, c'est-à-dire la part grandissante du peuple dans le jeu politique et la diminution des « élites », « classe dirigeante dont les constituants de 1875 avaient compté qu'elle assurerait le fonctionnement des institutions qu'ils établissaient »<sup>3</sup>. L'arrivée des masses, « qui maniaient ce mécanisme avec des mains plus rudes, sans le souci de respecter le jeu délicat des équilibres qu'il comportait » entraîne une rupture, une inadaptation du système constitutionnel en place<sup>4</sup>. Cette rupture entre système constitutionnel et réalité politique, liée à une déformation des règles du parlementarisme, et l'arrivée au pouvoir de forces extérieures – francs-maçons, syndicats tels que la Confédération Générale du Travail ou la confédération du patronat<sup>5</sup> – ainsi que l'affaiblissement croissant du rôle du Président de la République, conduit à un affaiblissement de la machine gouvernementale. De plus, selon Laferrière, l'individualisme révolutionnaire, couplé au principe du droit de vote, ne tient pas assez compte de la force grandissante des groupements sociaux, économiques et professionnels dans le régime. Ainsi, l'auteur dépeint la catagenèse du régime, afin de mettre en lumière l'inéluctabilité de sa fin, déjà annoncée par le mouvement réformiste des années 1930, aux solutions extrêmement diverses telles l'accentuation du caractère démocratique du régime ou à l'inverse le renforcement de l'exécutif au détriment du Parlement<sup>6</sup>. Néanmoins, continue Laferrière, aucune solution ne l'ayant emporté, et face à la défaite de 1940, un mouvement général d'opinion se forme dans le pays pour transformer les institutions et le régime, dans l'objectif de « l'établissement d'un ordre nouveau qui, au prix du sacrifice de certaines

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 147-149.

<sup>2</sup> J. LAFERRIÈRE, *Le nouveau gouvernement de la France*, op. cit., p. 13 sqq.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 18.



idéologies, permet le relèvement du pays »<sup>1</sup>. La formule, éloquente, résume ainsi l'objectif du propos.

La comparaison succincte entre ces trois auteurs permet de mettre en exergue ce trait commun de la doctrine : essayer de renforcer l'idée d'une continuité logique au régime, tout en soulignant la rupture dans les principes de la Révolution Nationale<sup>2</sup>. Cette continuité peut apparaître paradoxale, au sein de la rupture, mais en réalité, puisque le régime est considéré comme la conséquence nécessaire des tares du régime précédent, comme le prolongement inéluctable de ce dernier, il est donc présenté comme le résultat logique d'un processus. Il s'agit là d'un constat que nous avons établi à propos du statut du chef, présenté, avec l'appui du droit comparé, comme une nécessité au regard des exemples internationaux<sup>3</sup>. Droit comparé et histoire du droit se complètent alors dans la pensée de ces auteurs, ce qui est synthétisé de la sorte par Roger Bonnard : « Le XIX<sup>e</sup> siècle a été le siècle de la démocratie, le XX<sup>e</sup> siècle semble devoir être celui des États autoritaires »<sup>4</sup>.

## § 2. La construction d'une mythologie du régime

L'utilisation de l'histoire à des fins téléologiques, pour expliquer la chute du régime précédent et la nécessité du régime naissant, s'accompagne d'une autre utilisation du matériau historique : l'ébauche d'une mythologie du régime de Vichy qui, du fait des circonstances mêmes entourant son érection – la défaite, l'occupation, les luttes de pouvoir – en est dépourvu. Élaborer une part de légende, fondé sur l'histoire, autour de l'État n'est cependant pas le souci premier des auteurs, le régime n'étant encore qu'embryonnaire, et la constitution définitive n'ayant pas encore été promulguée – ni même définitivement rédigée. Il s'agit essentiellement d'une démarche de Joseph Barthélémy, que l'on peut dégager de ses écrits et discours, mais qui ne constitue pas réellement une entreprise doctrinale à part entière. Son point de vue mérite tout de même d'être mentionné, car il permet de mieux entrevoir les possibles dérives de l'instrumentalisation de la matière historique pour légitimer un régime. On comprend alors davantage comment le recours à l'histoire peut être utilisé – et il s'agit là sans doute d'un trait commun qui n'est pas propre uniquement au gouvernement de Vichy – à des fins politiques pour dresser des ponts entre le passé, le présent, et l'avenir du régime.

### *La fonction de légitimation du récit mythologique*

Dès les premières lignes de son manuel de droit comparé, Barthélémy apporte une observation à propos des « faits, dogmes, mythes »<sup>5</sup>. Il explique que la société doit s'appuyer sur un « minimum incompressible » de principes, qui sont ceux de la France et qui doivent donc être ceux du régime de

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 20-21.

<sup>2</sup> Voir partie I, chap. I, sect. II, § 2.

<sup>3</sup> Voir partie I, chap. II, sect. II, § 2.

<sup>4</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 166.

<sup>5</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, 1943-1944, op. cit.*, p. 18 sqq.

Vichy : « pas de Patrie sans sacrifice de ses enfants, pas de vie digne de l'homme sans société, pas de société sans ordre, pas d'ordre matériel sans autorité, pas d'ordre profond et véritable sans justice »<sup>1</sup>. Ce à quoi il ajoute la « religion civile », empruntée à Jean-Jacques Rousseau, propre à faire de bons citoyens, les principes de la morale vantés par le chef de l'État portugais, Salazar<sup>2</sup>, et enfin les principes de la religion catholique<sup>3</sup>. En dessous de ces croyances essentielles pour Barthélémy, viennent les dogmes et les mythes ; ces derniers ne doivent être poussés que jusqu'à un certain point, et doivent toujours être soumis aux discussions des hommes. Ils sont faux, explique-t-il, lorsqu'ils prétendent à l'absolu. Il prend alors un exemple dans l'histoire des idées politiques pour justifier son propos : le dogme de la souveraineté du peuple, que l'on justifie par le mythe du contrat social<sup>4</sup>. De l'avis de Joseph Barthélémy, des idées dogmatiques comme le contrat social, si elles peuvent prévaloir à un moment, peuvent se périmier, et donc ne sont pas absolues. Il rappelle néanmoins qu'il y a « des vérités morales qui sont éternelles, de tous les temps et de tous les lieux »<sup>5</sup>.

La posture de Joseph Barthélémy présente cependant un inconvénient. Il est vrai qu'elle justifie le rejet des dogmes liés aux principes issus de 1789, comme nous avons pu le voir précédemment<sup>6</sup>. Néanmoins, affirmer dans le même temps qu'il existe un faisceau de valeurs incompressibles – mentionnées ci-dessus, et qui correspondent finalement à celles vues à la partie concernant la Révolution nationale<sup>7</sup> – est une démarche qui ne se suffit pas à elle-même, puisqu'elle nécessite une justification. Le recours à l'histoire permet alors d'asseoir la profondeur de la mythologie du régime, tout en justifiant l'inanité des dogmes et doctrines du régime précédent. C'est l'idée que traduit Burdeau lorsqu'il écrit que « sur les ruines de ces doctrines [...] on entend aujourd'hui reconstruire une philosophie politique nouvelle »<sup>8</sup>.

L'objectif est alors de s'appuyer sur l'histoire, non en tant que discipline scientifique, mais plutôt en tant que récit : un récit historique, avec pour protagoniste le maréchal Pétain, et qui intègre l'État français au sein de la grande histoire de France. Cette vision du discours juridique est qualifiée, par Emanuel Cartier, d'« historiciste », c'est-à-dire qu'elle

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>2</sup> On pourra consulter à ce propos l'article suivant : H. PINTO JANEIRO, « Salazar et les trois France (1940-1944) », in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, Vol. 62, n° 3, 1999, p. 39-50. Voir particulièrement p. 41 : « L'utilisation de la Constitution de 1933 comme base de travail dans la tentative – avortée – de Vichy de doter son régime d'une légitimité constitutionnelle est également révélatrice de l'affinité des principes luso-vichystes. Le lien étroit entre ces deux régimes s'exprime aussi par une collaboration entre différents secteurs politico-administratifs, ceux du corporatisme et de la politique de la jeunesse notamment ».

<sup>3</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, 1943-1944, op. cit.*, p. 19.

<sup>4</sup> Barthélémy est, pour sa part, contre l'idée de contrat social : *Ibid.*, p. 19, ndbp n° 2.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>6</sup> Voir Partie I, chap. I, sect. II, § 1.

<sup>7</sup> Voir Partie I, chap. I, sect. II, § 2.

<sup>8</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 173-174.

se fonde expressément sur l'histoire comme source formelle dans une démarche de légitimation du pouvoir politique propre aux périodes de fondation, notamment après un processus révolutionnaire impliquant une rupture avec le passé. On assiste alors à la mise en scène mythique, voire magique d'un commencement absolu, tel les Révolutions américaine et française ou la fondation de l'État d'Israël<sup>1</sup>.

On retrouve cette idée de mythe fondateur à l'état embryonnaire chez Roger Bonnard, lorsqu'il évoque l'arrivée au gouvernement du maréchal Pétain dans son article sur les Actes constitutionnels de 1940. Il en fait le récit ainsi : « le maréchal Pétain a surgit. Il s'est dressé à l'appel de sa conscience, se sentant fort de son prestige et de sa gloire, dans le légitime orgueil de sa valeur et de son autorité »<sup>2</sup>. En réalité, loin d'être poussé, cet appui mythologique sur l'histoire consiste surtout à évoquer certaines périodes du passé considérées comme fastes – bien plus qu'à les comparer avec l'époque présente.

### *Le passé comme vecteur de continuité*

Barthélémy, principal promoteur de cette démarche, prend néanmoins une précaution : il objecte qu'il n'a pas la prétention qu'avait Louis XVIII de « renouer la chaîne des temps » avec les rois anciens, et le peuple de Charlemagne – assimilé à la chambre des députés. Il n'est pas possible de le faire, car l'homme d'aujourd'hui, explique-t-il, ne correspond pas en tous points à l'homme d'hier. Il faut remettre au goût du jour ce qui est utile, et consacrer ce qui a besoin de l'être : « il faudra mettre dans la constitution les institutions que réclamera l'état de la France au moment où elle sera promulguée »<sup>3</sup>.

Pourtant, à la lecture de son allocution prononcée – quelques années avant la rédaction de son cours de droit comparé – devant le Conseil d'État le 19 août 1941, il est possible de constater que, sans avoir la prétention de « renouer la chaîne des temps », celui qui est alors Garde des Sceaux, ministre secrétaire d'État à la Justice, et vice-président du Conseil d'État, nimbe son discours d'une aura historique, tout entière tournée vers les grandes heures de l'histoire<sup>4</sup>. En effet, Barthélémy commence par comparer sa fonction avec celle du Chancelier de France dans le conseil du Roi, puis celle du Garde des Sceaux dans le conseil des Dépêches. Par la suite, il fait un pont avec le « Conseil rétabli », après les événements révolutionnaires de 1789, par Napoléon et dirigé par Cambacérès ; il cite à ce propos l'historien Louis Madelin, qui présente cette période comme « la plus belle période de la plus belle histoire du monde, la nôtre »<sup>5</sup>. Il accentue même très

---

<sup>1</sup> E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 67, PUF, 2006, p. 521-522 (nous avons respecté l'orthographe originale).

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 68.

<sup>3</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, 1943-1944, op. cit.*, p. 30.

<sup>4</sup> P. PÉTAÏN, J. BARTHÉLÉMY, *Allocution prononcées par M. le Maréchal Pétain et par M. Joseph Barthélémy devant le Conseil d'État, Assemblée Générale du 19 août 1941 à Royat, Clermont-Ferrand, 1941, p. 2-4.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 2.

fortement la comparaison entre Napoléon Bonaparte et Philippe Pétain, lorsqu'il évoque le trait caractéristique de l'Empereur de se rendre souvent en Conseil d'État, pour participer aux débats : « Je ne retomberai pas, dit Barthélémy, dans la faute si souvent commise de m'en étonner en observant qu'il était soldat et non jurisconsulte. Je ne crois guère à ces classifications arbitraires et à ces étiquettes trompeuses ». Dans ce discours, Barthélémy prend le parti de transcender l'histoire, en dressant des parallèles entre les régimes d'autorité, monarchiques ou napoléoniens, mais également en y incluant, quelque part, la Révolution française, afin de laisser percevoir une continuité globale de l'histoire de France.

Il faut néanmoins mentionner que Barthélémy s'appuie parfois dans son cours de droit comparé sur des exemples historiques, moins dans un objectif assumé de légitimation, que dans une optique pédagogique, pour en tirer des enseignements. Il permet d'établir le comparatif entre les régimes sur lesquels il s'appuie et le régime de Vichy, les exemples étant loin d'être anodins, le discours permettant de lier le régime dans une certaine continuité, aux régimes précédents qui sont évoqués. Ainsi, lorsque Barthélémy assène une mise en garde contre le risque qui consisterait à aller vers l'étatisme, il prend l'exemple de l'Empire romain. Il explique que tant que l'État romain se limitait à gouverner, défendre son territoire, et assurer ses missions de paix publique et de justice, le régime était dans sa plénitude. Mais dès lors que l'État s'est emparé des sphères privées, il a signé son déclin<sup>1</sup>. De même, lorsqu'il traite du chef, et qu'il met en avant l'idée de restauration de l'État, il évoque les modèles de Louis XIV, de Richelieu<sup>2</sup>. Il fait appel à des figures d'États forts – qui impériale au travers de Rome, qui monarchique au travers du Roi Soleil – car outre l'imagerie positive qu'elles sont censées véhiculer, ces icônes historiques donnent plus de forces aux prescriptions qui les accompagnent.

En définitive, sur le plan pratique, il est possible de constater que le recours au matériau historique à fin de légitimation du régime permet de contourner les difficultés qui concernent la légalité du régime, en offrant une assise légitime au régime ; et permet de pallier les incertitudes du cadre constitutionnel du régime – qui constitue un élément complexe et délicat à appréhender pour la doctrine. En effet, le traitement téléologique de l'histoire permet d'appuyer la nécessité du régime, légal ou non, sur les éléments rationnels que constituent les faits historiques. De même, l'élaboration de symboles évocateurs, par le biais des allégories de l'histoire, permet, quant à elle, d'essayer de dégager ce que seront les grands principes de l'État, et de tenter d'entrevoir les caractéristiques de la future constitution. Le point commun de ces deux éléments est bien sûr de démontrer la nécessité et l'inéluctabilité de la mise en place et de l'exercice du gouvernement de Vichy. Le problème de la légitimité est traditionnellement exclu du prisme d'analyse des juristes. Or il est possible, avec certains auteurs vichystes, d'amorcer une réflexion autour du thème même de la légi-

---

<sup>1</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, 1943-1944, op. cit.*, p. 100-101.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 104.

timité, et de la mettre en relation avec la place du peuple envisagée doctrinalement.

*Section II. – La légitimité en tant que concept lié au pouvoir*

Si, en pratique, l'œuvre doctrinale de ces auteurs peut être vue comme servant à légitimer dans une certaine mesure le régime de Vichy, elle s'accompagne également, en théorie, d'une pensée sur la notion de légitimité. Cela passe par une théorie de la légitimité du pouvoir en place (§ 1), ainsi que par une réflexion sur la place du peuple (§ 2).

**§ 1. La théorisation de la légitimité du pouvoir**

L'étude de la notion de légitimité est délicate, car elle peut faire appel à des notions de droit, de politique, d'histoire ou encore de sociologie voire de morale et de religion. Touchant à la fois à des éléments juridiques et extra juridiques, elle est donc abordée avec prudence, voire circonspection par les juristes. Néanmoins elle peut susciter la curiosité du juriste, car le strict examen de la légalité ne répond pas nécessairement à la question : pourquoi le droit doit-il être respecté ? Cette question dépasse le simple cadre de la validité normative des actes d'un gouvernement. Ainsi, dans une période de crise telle que celle des années 1940-1944, des auteurs se tournent vers l'étude de la légitimité comme critère d'exercice du pouvoir. Il ne sera bien entendu traité ici que du point de vue relatif au sujet, celui des doctrinaires du régime de Vichy.

*La légitimité au fondement du pouvoir*

Roger Bonnard aborde le sujet dans son article sur les Actes constitutionnels de 1940, dans une section consacrée à « la légitimité du pouvoir politique »<sup>1</sup>. Pour Bonnard, la légitimité ne fait pas de doute, et elle est un critère d'étude du pouvoir politique indéniable, qui n'est rejeté que par les doctrines anarchistes, minoritaires. Ainsi, « l'intérêt de la recherche sur la légitimité du pouvoir politique consiste moins à démontrer cette légitimité qu'à choisir parmi les raisons qui en ont été données »<sup>2</sup>. L'objectif de Bonnard est de répondre à la question : d'où le pouvoir tient-il la légitimité de son existence ? Cette interrogation est également présente dans l'œuvre de Burdeau qui relève que juridiquement, la souveraineté appartient aux individus investis par la constitution. Or, cela ne suffit pas, précise-t-il, et il faut compléter ce point de vue juridique par un point de vue politique, qui consiste en la recherche originelle du droit de commander, c'est-à-dire déterminer non pas le pouvoir en droit positif, mais sa légitimité politique<sup>3</sup>. Bonnard, pour répondre à cette interrogation, dégage trois points de vue qui viennent consacrer la légitimité du pouvoir : elle tient soit à l'origine volontaire du pouvoir, soit à son exercice, soit à sa nécessité. Le choix de la raison prise comme base pour appuyer le pouvoir est important, puisqu'il va conditionner la force du régime<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 151 *sqq.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 58-72.

<sup>4</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 152 : « En effet, cette force se trouve en partie conditionnée par les raisons données de la légitimité du pouvoir ».

Le premier point de vue, volontariste, implique que le pouvoir serait le produit d'une ou plusieurs volontés, et tiendrait sa légitimité de cette volonté<sup>1</sup>. Cela peut s'exprimer de deux manières. Tout d'abord, la volonté peut être transcendante, c'est-à-dire que le pouvoir est créé par une force supérieure à celle des individus – une émanation divine par exemple. Ou alors la volonté peut être immanente, et dans ce cas la création du pouvoir résulte de la volonté humaine, les individus se sont entendus pour créer le pouvoir politique et s'y soumettre. Bonnard évoque ici les théories du contrat social notamment. Ce critère volontariste ne lui apparaît cependant pas satisfaisant, car il n'est pas assez scientifique<sup>2</sup>. De plus il ne permet pas un pouvoir politique fort, en particulier pour la thèse de l'immanence qui implique que les hommes restent maîtres de l'existence du pouvoir politique et peuvent donc le remettre en cause.

Il analyse alors le second point de vue, qui reviendrait à dire que le pouvoir serait légitime par son exercice, c'est-à-dire que sa création résulte justement de l'exercice d'une certaine politique, c'est l'application de cette politique qui le légitime<sup>3</sup>. Cependant, cette thèse n'est pas satisfaisante pour Bonnard, car elle n'explique pas le pouvoir politique en lui-même, ni pourquoi les individus lui sont soumis. De plus, du propre aveu de l'auteur, elle ne renforce pas le pouvoir politique, ce qui ne conviendrait pas comme fondement légitime d'un État pour lequel la politique « est une question particulièrement controversée »<sup>4</sup>.

Finalement, il se tourne plutôt vers le dernier point de vue, qui consacre l'idée d'un pouvoir légitime par sa nécessité : « le pouvoir est légitime parce qu'il est nécessaire aux hommes vivant en société ». Cette nécessité vient, explique l'auteur, de la constatation que les hommes ont besoin, par leur nature même, d'être gouvernés<sup>5</sup>. Cependant, si Bonnard insiste particulièrement sur le fait que le pouvoir est nécessaire, car il est fondé sur le caractère de la nature humaine, il n'explique pas ce qui fait que le pouvoir mérite d'être respecté. En somme, les deux dernières positions exposées par l'auteur s'inscrivent dans le débat suivant : le pouvoir est-il légitime en raison de la réalisation d'un but particulier – une politique spécifique –, ou bien l'est-il en raison de son existence – car il est nécessaire ? Pour Bonnard, la réponse à cette question n'est pas neutre, et il est évident que le « point de vue de nécessité doit être retenu pour l'État français de 1940 parce qu'à la différence des autres points de vue, il est susceptible de renforcer le pouvoir politique au lieu de l'affaiblir »<sup>6</sup>. Il appuie ainsi l'idée d'un pouvoir nécessaire, ce qui, par nature, surpasse la question de sa légalité.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 152-155.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 156-157.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 157.

### Légitimité et légalité

D'autres auteurs vont s'intéresser à la légitimité en ce qu'elle s'applique au gouvernement régnant. Ils recherchent moins la légitimité du fondement du pouvoir, que celle de son exercice, en adéquation avec sa légalité. Dans un article publié en 1945, dans la *Revue de droit public*, consacré à la légitimité des gouvernements de fait<sup>1</sup>, Maurice Duverger résume ainsi les positions en vigueur, selon qu'on adopte un point de vue jusnaturaliste ou un point de vue positiviste. En droit naturel, il est possible de concevoir un gouvernement légal, mais non légitime, s'il n'est pas en conformité avec les principes du droit naturel, tandis que du strict point de vue du droit positif, la légalité absorbe la légitimité<sup>2</sup>. Néanmoins, l'illégalité n'emporte pas nécessairement illégitimité, et c'est tout l'intérêt d'une étude sur la légitimité des gouvernements de fait<sup>3</sup>.

Dans son *Traité de science politique* – datant d'après la période de Vichy – Burdeau systématise ce qu'il ne fait qu'évoquer de manière latente dans ses écrits des années de guerre. Selon lui, si la légalité s'apprécie par rapport au droit positif, en ce qui concerne la légitimité il règne une incertitude par rapport au contenu de la norme qui sert d'appréciation. Du point de vue politique, elle est diverse et conditionnée par le type de régime, de sorte que la légitimité monarchique n'est pas la même que celle démocratique ou encore collectiviste, par exemple. Du point de vue du droit, il ne s'agit pas, dit Burdeau, de tenir pour légitime le gouvernement conforme au droit positif<sup>4</sup>, la légitimité est définie par le service à l'idée de droit<sup>5</sup>. Cette idée se retrouve chez l'auteur dès 1943, où il écrit qu'il y a de la légitimité même en l'absence d'État juridiquement fondé, qui existe « dès lors qu'on admet la communion entre le chef et le groupe, on peut trouver en elle une légitimité »<sup>6</sup>. Cette remarque théorique, Georges Liet-Veaux l'établit déjà dans sa thèse, en 1942, en s'appuyant également sur les écrits du juriste allemand Carl Schmitt<sup>7</sup>. Selon Liet-Veaux, Schmitt, dans son ouvrage *Légalité, légitimité*, qualifie de légitime le gouvernement qui bénéficie *de facto* du pouvoir politique, et de « légal » le gouvernement qui tient son pouvoir de dispositions de droit positif, « abstraction faite de la réalité de son pouvoir politique ». Liet-Veaux souhaite montrer par cela que « Carl Schmitt est venu saper définitivement la distinction utilisée par la jurisprudence »<sup>8</sup>, qui veut

---

<sup>1</sup> M. DUVERGER, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », art. cité, p. 73 *sqq.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>3</sup> À propos de laquelle Duverger ne fait qu'entreprendre une ébauche ici, et qui nécessiterait un cadre plus important que le nôtre pour son développement.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, p. 140-142.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>6</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 206, à propos de l'Allemagne nazie. Il se réfère à l'ouvrage : C. SCHMITT, *Légalité, légitimité*, trad. W. GEYDAN de Roussel, Paris, 1936.

<sup>7</sup> G. LIET-VEAUX, *La continuité en droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, *op. cit.*, p. 239.

<sup>8</sup> *Ibid.*



que le droit légitime soit par définition le droit en vigueur, que la légalité du gouvernement emporte sa légitimité<sup>1</sup>. Il convient plutôt de considérer le gouvernement qui gouverne effectivement, de manière avérée, comme celui devant être tenu pour légitime, et puisqu'il est légitime il participe à l'élaboration du droit, il est donc gouvernement « de droit »<sup>2</sup>. La légitimité emporte alors la légalité dans cette pensée. C'est ce qu'estime Roger Bonnard, par exemple, lorsqu'il explique qu'un gouvernement illégal peut être légitime<sup>3</sup>.

Pour déterminer cette légitimité Burdeau affirme qu'il faut se référer à l'idée de droit valable à un moment donné pour une communauté donnée, et ainsi pouvoir apprécier la légitimité des gouvernants<sup>4</sup>. On peut retrouver la formation de cette idée en 1943 dans son ouvrage *Le pouvoir politique et l'État*, lorsque Burdeau explique que c'est la conscience qu'ont les individus de la collectivité de devoir obéir à la règle, qui fonde à la fois la validité de la norme et son efficience<sup>5</sup>. Cette position est délicate, elle peut permettre une estimation *a posteriori* de la légitimité d'un gouvernement, ce qui, si l'on adopte le postulat de Burdeau, se mesure en fonction de l'idée de droit et de la communion entre celle-ci et classes dirigeantes<sup>6</sup> ; cependant, convenons qu'il est beaucoup plus difficile de juger de la légitimité d'un gouvernement dans le moment présent. En effet, par définition, il n'est alors pas possible de bénéficier du recul de l'histoire et d'avoir une vue d'ensemble des actes du gouvernement. Le meilleur exemple est fourni par Burdeau lui-même : il explique dans son *Traité de science politique*<sup>7</sup> que le gouvernement de Vichy fut légitime jusqu'en 1942, l'action du gouvernement était alors, selon l'auteur, en conformité avec les vues des gouvernés<sup>8</sup>. À partir de cette date cependant, et plus particulièrement avec le retour au pouvoir de Pierre Laval, Burdeau date la fin de la légitimité du gouvernement de Pétain, en raison de son incapacité à adosser son action à l'idée de droit<sup>9</sup>. La légitimité s'adosse alors à l'idée de droit nouvelle, et donc au le gouvernement de la France libre, qui bénéficie d'une approbation de la Nation, et permet à ce dernier de gouverner.

### *La légitimité, fondement de la force du gouvernement*

La légitimité est donc envisagée comme un critère explicatif de la force de gouverner, de l'impératif d'obéissance à un gouvernement. Cette obéis-

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 327-238.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 59.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique, op. cit.*, p. 143.

<sup>5</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État. Introduction à l'étude du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 120.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>7</sup> Postérieur à la période de Vichy, tandis que dans ses écrits de 1942 et 1943 il ne fait pas état de cette position, et ne peut nécessairement pas le faire.

<sup>8</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique, op. cit.*, p. 148-149.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 149.

sance ne peut pas être uniquement ou principalement fondée sur la sanction<sup>1</sup>. Il faut plus qu'une simple obéissance passive, il faut une « manière d'exécuter les ordres en collaborant avec leurs auteurs par une initiative intelligente et spontanée ». Selon Burdeau, cela ne peut reposer que sur la « conscience d'un devoir »<sup>2</sup>. Le fondement de la puissance étatique comme de l'obéissance, c'est alors l'idée de droit que représente le Pouvoir qui est institutionnalisée<sup>3</sup>, fondement qui valide juridiquement le droit positif sans qu'il soit besoin de confronter celui-ci avec une norme supérieure. Ce propos n'est pas anodin, et Burdeau explique que ce fondement permet de comprendre l'exceptionnel renforcement de la puissance étatique « auquel nous assistons aujourd'hui ». Et de prolonger alors sa pensée, en expliquant que « la force des gouvernants se mesure à l'obéissance qu'ils obtiennent, et cette obéissance, elle va, par-delà le chef qui commande, aux exigences que légitime la représentation d'un avenir désirable »<sup>4</sup>.

La légitimité du pouvoir sert alors, comme l'affirme également Bonnard, à lui conférer sa force matérielle et morale, pour réaliser ses buts<sup>5</sup>. La force n'est donc pas un but en soi, mais simplement un moyen, qui sert les objectifs du pouvoir politique. Ce moyen comporte des degrés dans son exercice, qui vont d'une possibilité pour le pouvoir de porter la force à son maximum, à un pouvoir qui n'aurait qu'une force atténuée<sup>6</sup>. Cette échelle va d'un gouvernement fort à un gouvernement modéré, mais il est aisé de comprendre que la préférence de l'auteur incline dans le sens d'un pouvoir politique fort. Si Roger Bonnard pose les prémices de sa réflexion de la sorte, c'est dans un but précis : il conclut en effet au terme de sa démonstration, que la Révolution de 1789 a fait triompher un gouvernement modéré, et que celle de 1940, en retour, consacre un gouvernement fort<sup>7</sup>.

## § 2. La place du peuple

Le peuple n'est pas absent de la pensée constitutionnelle des docteurs du régime de Vichy. Simplement subsiste cette nécessité d'appuyer la légitimité du régime sur le peuple, tout en ne faisant pas de ce dernier un acteur politique, puisque le pouvoir lui échappe. La notion de peuple, prise dans sa définition la plus large désignant l'ensemble des individus de l'État, ne recouvre cependant pas la même acception, selon les auteurs, bien qu'elle traduise cette idée commune d'une faible importance politique afin de laisser une marge plus grande aux gouvernants. Ces auteurs préfèrent mettre en avant le rôle d'aide que doivent assurer les gouvernés, afin de marquer leur acceptation du pouvoir en place.

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, op. cit., p. 444.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 445-446.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 448.

<sup>5</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 157.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 159.

### *L'absence de droits politiques du peuple*

L'affirmation de Roger Bonnard est la suivante : le peuple n'est pas exclu de la vie publique, « seulement [...] la participation du peuple ne comporte ni détention, ni exercice du pouvoir. Elle se borne à aider le chef qui, seul, détient et exerce le pouvoir »<sup>1</sup>. Bonnard ne peut qu'adopter ce postulat, puisqu'il rejette la notion même de démocratie. Il apporte cependant une nuance, lorsqu'il dit que la seule configuration de la démocratie qui peut valoir est celle du régime représentatif avec mandat représentatif<sup>2</sup>, mais il en revient tout de même, en définitive, à une critique du gouvernement représentatif chez Montesquieu<sup>3</sup>. Il liste à ce titre un certain nombre d'écueils, qui vont de la déformation du mandat représentatif au mandat impératif de fait, à la critique des politiciens qui « constituent une tare profonde des démocraties représentatives »<sup>4</sup>. Il fait également le procès de l'aliénation politique du peuple causée par le mandat représentatif, car en réalité, explique-t-il, l'avis du représentant ne se confondra jamais avec celui du représenté, et celui-ci prévaudra sur celui-là. De plus, la décision du représentant serait même pire, avec les déformations du régime, que le serait celle du peuple<sup>5</sup>. L'autoritarisme, qui lui apparaît donc comme la seule voie possible, implique alors une transcendance du pouvoir pour éviter ces dérives – ce qui revient à nier un quelconque pouvoir politique au peuple<sup>6</sup>. Barthélémy explique que la notion de souveraineté de la Nation apparaît dès lors comme désuète, dépassée<sup>7</sup>. Cependant, ce dernier est plus nuancé : il faut tout de même, admet-il, un accord de volonté entre la Nation et le gouvernement de l'État, un « consensus »<sup>8</sup>, mais il assure que l'État doit passer avant la Nation.

Selon Burdeau au contraire, le siège de la souveraineté, même après les événements de 1940, n'a pas quitté la Nation<sup>9</sup>. Pour affirmer cela, il développe un argumentaire qui consiste à faire le pont entre l'idée démocratique, initialement liée à la souveraineté nationale, et le principe communautaire, qui s'y rattache dorénavant<sup>10</sup>. Il ajoute en outre que la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 prévoit une ratification de la future constitution par la Nation, ce qui constitue, pour Burdeau, la consécration de la souveraineté nationale, car « la nation demeure maîtresse des institutions politiques appelées à agir »<sup>11</sup>. Le peuple reste donc à la base de l'édifice du pouvoir dans

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>2</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 271.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 271-279.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 274.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 276-277.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>7</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé, op. cit.*, p. 82.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 83-84.

<sup>9</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 224.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 224-225.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 226.

cette pensée, seulement, il s'inscrit dans un rapport d'antériorité, et non de supériorité, il est au fondement du pouvoir, mais il n'a que peu d'emprise dessus ; « peu importe que, dans l'exercice du quotidien du Pouvoir, la nation n'ait pas à intervenir directement. Elle reste souveraine parce que les organes qui gouverneront le feront avec son consentement, selon les formes et dans les limites qu'elle aura acceptées »<sup>1</sup>. D'ailleurs, Burdeau nuance à ce propos : la constitution que présentera le maréchal Pétain n'aura pas du tout été rédigée par le peuple – il la compare, à ce titre, à la constitution bonapartiste de l'an VIII<sup>2</sup>. Il ajoute cependant, qu'à l'inverse de la Constitution de l'an VIII, où la ratification de la Nation était nécessaire pour la promulgation, la loi constitutionnelle de juillet 1940 donne tout pouvoir au maréchal Pétain pour promulguer des Actes constitutionnels, avant la présentation du projet de constitution et sans le consentement du peuple. Néanmoins, il n'en reste en définitive qu'à ces remarques de formes, et n'approfondit pas la critique qu'elles peuvent susciter<sup>3</sup>.

Georges Liet-Veaux a une position plus tranchée ; il explique que « Le droit en vigueur dans un État donné à un instant donné n'est que l'accumulation des désirs successifs de l'opinion publique »<sup>4</sup>, mais il concède que la détermination de cette opinion n'est pas aisée à établir. Elle n'est pas la somme des intérêts particuliers, et elle fait appel à de nombreuses notions, juridiques, politiques et sociologiques. Elle demeure la notion clef pour ce dernier, car la réalisation de l'opinion publique n'est ni plus ni moins que le fondement et le principe d'exercice du pouvoir politique<sup>5</sup>. Elle n'est pas à l'initiative du pouvoir mais en est la finalité.

#### *L'aide et l'acceptation du pouvoir*

Pour élaborer un statut du peuple qui minore les droits politiques, tout en n'excluant pas les individus de la participation à la vie publique, Roger Bonnard en appelle à une notion particulière : l'aide des gouvernés<sup>6</sup>. Cette aide passe alors à la fois par la confiance et par le conseil. La confiance doit être entretenue par le chef de l'État, en s'adressant au peuple, mais il distingue cette modalité des anciens discours protocolaires du Président de la République, qui n'étaient que des « manifestations de pure forme et simplement spectaculaires ». Cependant, il ne précise pas en quoi les manifestations de confiance du chef de l'État seraient différentes, ou quelles en sont les modalités effectives<sup>7</sup>. La mission de conseil, quant à elle, s'exerce au travers de deux organes : le Comité budgétaire et le Conseil national. Bonnard met un point d'honneur à rappeler que ces organes ne sont en aucun

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 227.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 228-229.

<sup>4</sup> G. LIET-VEAUX, *La continuité du Droit interne, essai d'une théorie juridique des Révolutions*, *op. cit.*, p. 265.

<sup>5</sup> Voir notamment *ibid.*, p. 291 *sqq.*

<sup>6</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 322 *sqq.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 322.

cas représentatifs, ils ne consacrent donc en aucune sorte une quelconque réminiscence de l'idée de représentation de la Nation<sup>1</sup>. Le rôle du peuple dans sa mission d'aide est donc indexé sur le principe hiérarchique du régime. Sa participation à la vie publique se fait ainsi, et vaut acceptation des gouvernants. Sur le plan pratique, il serait possible d'avoir un aperçu de l'application de cette conception du rôle du peuple. En effet, l'un des projets de constitution établi par le maréchal Pétain en vertu de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, dont le comité de rédaction était piloté par Lucien Romier, et qui a été signé par le chef de l'État le 30 janvier 1944, pourrait aller dans ce sens<sup>2</sup> : ce projet évite soigneusement de proclamer la souveraineté, ou la démocratie, mais s'appuie en revanche sur l'autorité de l'État et l'adhésion de la Nation.

Le rôle du peuple consiste ainsi, pour appuyer la légitimité du régime, à accepter – et non remettre ou consacrer – le pouvoir en place. En réalité, explique Bonnard, « le rôle actif des gouvernés ne se borne pas à fournir aide et conseil au chef : ils doivent aussi lui accorder leur confiance »<sup>3</sup>. Cette confiance signifie rien de moins que l'acceptation du pouvoir, le peuple ne remet au chef ni le pouvoir, ni son exercice, il mais se place dans une situation de soumission volontaire, où le pouvoir est « accepté et même désiré par [les gouvernés] »<sup>4</sup>.

Joseph Barthélémy, au contraire de Roger Bonnard, est plutôt favorable à l'élection du chef de l'État au suffrage universel comme marqueur d'acceptation<sup>5</sup>. Il précise néanmoins que ce n'est pas pour des questions de souveraineté populaire, mais plutôt car l'élection par le peuple est un gage de légitimité et d'ordre. On constate qu'il ne s'agit pas à proprement parler de conférer un rôle politique important au peuple, mais plutôt d'assurer la tranquillité et de se prémunir contre les troubles révolutionnaires. Ce n'est pas parce que le peuple élit le chef, qu'il a le pouvoir de le renverser, ou de lui dicter sa politique, et il n'est pas toujours bon pour les dirigeants d'obéir nécessairement à l'opinion, explique Barthélémy ; le gouvernement doit conduire l'opinion, et non l'inverse, quitte à parfois marcher à contre-courant de celle-ci<sup>6</sup>. L'élection est donc également considérée comme une modalité d'acceptation de la politique du gouvernement. Barthélémy cherche à apporter une nuance, réintégrer le peuple *a posteriori* de l'élection, en traitant de la responsabilité du chef. Auparavant, le Président de la République était irresponsable, les ministres lui niaient le droit de donner son avis sur la politique, puisque c'étaient eux qui devaient assumer la responsabilité de leurs actions. Dorénavant, Barthélémy explique qu'il est nécessaire que le chef puisse s'exprimer, et soit donc responsable. Outre une

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 322-323.

<sup>2</sup> M. PRÉLOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 532.

<sup>3</sup> R. BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 316.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> J. BARTHÉLÉMY, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 129 *sqq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 96. Il cite à ce propos Napoléon Bonaparte, disant qu'il faut « sauver les peuples malgré eux ».

responsabilité pénale, et une « responsabilité des destins de la patrie » – dont on ne sait pas très bien ce qu'elle signifie –, le chef est responsable devant le peuple<sup>1</sup>. Le chef assumant sa responsabilité devant le peuple, les ministres le sont donc devant lui. Néanmoins, nulle précision n'est donnée sur cette responsabilité, les modalités de son application, ou ses conséquences.

On retrouve également l'idée d'acceptation du pouvoir comme marqueur de légitimité du gouvernement chez Georges Burdeau. Ce dernier évoque une idée – qui n'est pas sans rappeler les théories de Maurice Hauriou<sup>2</sup> – qui veut que l'acceptation du pouvoir se traduise de deux manières. Elle est le fait de grandes manifestations, éloquents, mais rares : des grands défilés, qui peuvent évoquer aussi bien la fête nationale du 14 juillet sous la République française, que les grandes parades militaires nazies sous le Reich allemand, par exemple. Mais le plus souvent, l'acceptation prend une forme plus discrète, elle se fait de manière tacite, par l'acceptation du droit et du gouvernement, la non-résistance au pouvoir par le peuple<sup>3</sup>. Le rôle du chef est donc « d'apporter au groupe ce qu'il attend du Pouvoir quel qu'il soit ». Cependant, à la différence de Roger Bonnard, le peuple chez Burdeau est le titulaire initial de la souveraineté<sup>4</sup>, sous la forme que nous avons étudiée plus haut. Ainsi, si le peuple, en remettant le pouvoir, se place bien dans une situation de soumission volontaire, la titulature initiale du pouvoir lui confère – en théorie du moins – une présence politique et un pouvoir plus important.

Toutefois, cette dernière remarque ne vaut qu'en théorie, puisqu'on ne sait pas ce qu'il arrive en cas de non-acceptation du pouvoir. Parmi les auteurs vus précédemment, seul Georges Liet-Veaux aborde le problème de ce qu'il adviendrait si le peuple n'acceptait pas le pouvoir en place. Ce dernier traite à ce propos de la notion de résistance à l'oppression<sup>5</sup>, mais ce n'est que pour la rejeter, en disant que ce principe n'a qu'une valeur politique, et constitue en droit constitutionnel une théorie superflue. En effet, en cas d'échec de la résistance, il y a une atteinte à la sûreté de l'État, qui sera réprimée, et donc n'aura aucune portée juridique. À l'inverse, si la résistance aboutit, et débouche sur un changement constitutionnel, on en appelle à la volonté souveraine du peuple, qui suffit politiquement pour justifier ce changement. Il conclut alors que la résistance à l'oppression n'est qu'un moyen de dire que « l'opinion publique est souveraine, en ce sens qu'elle décide du sort des régimes politiques. Mais on ne conçoit pas qu'une telle constatation, pas plus que la règle de trois ou le postulat d'Euclide, figure dans un texte de loi »<sup>6</sup>. Toute autre réflexion à propos de ce principe est ab-

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>2</sup> E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », in *Droit et société*, 1995, p. 397. L'auteur y traite des « manifestations de communion » théorisées par Hauriou.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>4</sup> G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>5</sup> G. LIET-VEAUX, *La continuité du Droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, *op. cit.*, p. 426 *sqq.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 427 (l'orthographe d'origine a été respectée).

sente des écrits de la période vichyste. On conçoit cependant qu'il n'est pas nécessaire aux auteurs de construire une telle théorie, ne serait-ce que pour la rejeter, tant qu'il n'existe pas de constitution définitive sur laquelle s'appuyer. En outre, un pouvoir transcendant, qui échappe donc par nature au peuple, s'accommoderait mal d'une telle théorie.





## QUELQUES PROPOS CONCLUSIFS

Au terme de cette analyse de la doctrine constitutionnelle qui publiait sous le régime de Vichy, il ne fait aucun doute qu'il ait existé un noyau d'auteurs, ralliés sous une même bannière, et qui avaient sur certains points des vues analogues, au moins sur des grands principes, ainsi qu'un objectif partagé : systématiser un État en construction. Au vu de ce qui a été étudié dans ce propos, on ne peut cependant faire l'impasse d'un constat suivant venant tempérer cette affirmation. En effet, cette doctrine n'étant qu'à l'état embryonnaire, il ne s'est pas développé à proprement parler une école de pensée, dans la mesure où cette mouvance n'est ni concertée ni structurée, et où les divergences entre les auteurs sont fréquentes et non négligeables. Néanmoins, quand bien même tous ces auteurs seraient issus de courants variés, leurs publications durant la période de 1940 à 1944 traduisent ce rattachement à un projet commun de théoriser le nouveau droit constitutionnel. Notre démarche a consisté avant tout à retracer le plus fidèlement possible ce projet en nous appuyant sur tous les documents qu'il nous a été donné de consulter, et à l'issue de cette étude, il nous semble opportun d'établir plusieurs remarques à titre de bilan.

Si l'on se penche sur la logique du traitement des thématiques générales abordées par les auteurs – la révolution, la société, l'État et la légitimité – on est en mesure de saisir sans trop de difficultés le mécanisme global de la démarche entreprise. Ces thématiques sont essentiellement développées au travers du prisme de la déconstruction, et de la reconstruction, avec le souci constant de démontrer la spécificité constitutionnelle et politique du régime de Vichy. En effet, il s'agit tout à la fois de revendiquer la période de rupture qu'il constitue pour, dans le même mouvement, chercher à démontrer sa pérennité. Il est à noter cependant que cette démarche se rapproche plus du discours prescriptif que de la démonstration scientifique. On a ainsi pu souligner la difficulté inhérente à cette entreprise : rupture et continuité étant rarement absolues, on aboutit à une impossible table rase liée à la multiplicité des courants philosophiques du régime, et cela met à mal la thèse d'un net renversement des principes avec la démocratie libérale d'antan ; de même, l'ambition de construire une pérennité pour le régime, qui s'inscrirait dans une grande histoire de France, s'accommode mal des phases de ruptures, telle que celle de 1942. En outre, du fait même de son engagement, la doctrine s'autorise finalement assez peu de nuance.

La question de la neutralité de la doctrine s'est posée avec acuité dès lors qu'il s'est agi de condamner ou non sa posture. Le problème d'une thèse qui voudrait que la doctrine n'ait participé que passivement au régime de Vichy tient justement à ce qu'elle minore les conséquences de la force prescriptive du discours de la doctrine lorsque celle-ci fait preuve d'un dogmatisme tout entier au service d'une idéologie. Prétendre nier la part active des juristes c'est prendre le risque de passer à côté d'une clef de lecture importante du travail des constitutionnalistes du régime de Vichy : leur engagement. Que l'on soit en présence d'une adhésion ouvertement affirmée, ou que celle-ci se montre plus prudente, l'œuvre doctrinale des auteurs vichyste ne saurait selon nous être comprise sans ce prérequis. En effet, comme nous avons pu le comprendre au fil de notre recherche, il ne se dégage pas des écrits de ces auteurs une théorie de l'État, mais une théorie de l'État de Vichy. L'importance du contexte historique et politique prend alors

ici tout son sens. On peut d'ailleurs souligner qu'à cette époque la fusion entre droit et politique est particulièrement marquée, et il n'est peut-être pas anodin qu'une partie des auteurs fassent par la suite partie des précurseurs de la science politique, à l'image de Maurice Duverger ou de Georges Burdeau.

Le problème que cela met en avant est le suivant : le droit et la politique peuvent tout à fait se nourrir l'un l'autre pour susciter des études pertinentes : la seconde peut servir d'*instrumentum* pour éclairer le premier, et le premier peut s'appuyer sur la seconde pour justifier l'obéissance qu'on lui doit. Cependant, lorsque l'on passe de l'analyse à l'engagement, en dehors de tout débat sur l'existence ou non d'une possible neutralité axiologique, la production dogmatique qui en découle est nécessairement sujette à caution. On constate aisément, au vu du travail de la doctrine vichyste, les dérives que cela peut entraîner. Le simple exemple d'une relecture téléologique de l'histoire se suffit à lui-même, et force le juriste à s'interroger sur le fait de savoir jusqu'où il peut aller dans l'expression de ses vues personnelles. Ce questionnement n'est pas exclusif du positivisme juridique, le même problème se posant chez les auteurs jusnaturalistes. Lorsqu'une opinion est affichée, la logique voudrait qu'elle soit distincte de l'analyse juridique *stricto sensu*<sup>1</sup>.

Se départir de ses présupposés moraux ou éthiques n'est pas chose aisée, et sans doute l'objectivité pure peut parfois passer pour une vue de l'esprit ou un concept abstrait coupé de la réalité, néanmoins, toute activité doctrinale devrait pouvoir se satisfaire d'une séparation entre le travail scientifique et l'énoncé d'une opinion relevant plutôt de la dogmatique, si cela est précisé par l'auteur. Cette affirmation ne fonctionne cependant pas dans le cas où l'auteur en question se rallie ouvertement à une idéologie. C'est alors, en amont, ce qui doit pousser le chercheur à faire montre de prudence, particulièrement lorsqu'il travaille sur l'histoire des idées politiques. Mais c'est aussi ici que son rôle peut s'avérer nécessaire, car ce sera à lui de déconstruire le discours dogmatique engagé, pour mettre en lumière ce qui relève de la légitimation assumée du régime, pour le séparer de ce qui relève de l'expression d'opinions. Un travail sur une doctrine controversée, par exemple, n'aurait que peu d'intérêt s'il versait dans la simple condamnation de la position des auteurs étudiés, sans chercher ni à analyser, ni à comprendre. Il en aurait probablement d'autant moins s'il versait dans le ralliement partisan. Une posture neutre entraîne certes le risque pour le chercheur de se voir reprocher de verser dans un discours essentiellement descriptif mais, en s'efforçant de faire abstraction de ses opinions, il peut alors tacher de comprendre ce discours engagé, et faire ressortir les constructions juridiques qui servent à appuyer l'autorité de l'État, ou à asseoir sa légitimité. Il est alors à même, également, de relever les thématiques juridiques pertinentes, et sans partager les opinions des auteurs, évoquer les questions qu'elles soulèvent. Nous affirmons que le cas de la doctrine vichyste est à ce titre une illustration particulièrement digne d'intérêt, puisque les auteurs vont s'intéresser à des concepts qui sont souvent mis au ban par les juristes dans les périodes de stabilité. Au-delà même des conclusions partielles que

---

<sup>1</sup> D. GROS, « La légitimation par le droit », in *Serviteurs de l'État...*, *op.cit.*, p. 21.

nous avons pu tirer tout au long de notre étude sur des points particuliers et des aspects spécifiques de la doctrine – conclusions que nous avons choisi de ne pas reprendre ici par le menu – nous voulons croire qu’une telle analyse peut amener à se poser des questions sur le pouvoir constituant, les transitions constitutionnelles, la souveraineté au sein de l’État, les interrogations liées aux gouvernements de fait ou encore à la légitimité du pouvoir.

**Louis Terracol**

*Louis Terracol est doctorant en histoire du droit à l’Institut Michel Villey (Université Panthéon-Assas) et réalise une thèse sur « le gouvernement de fait » sous la direction des Professeurs Olivier Jouanjan et François Saint-Bonnet.*



## SOURCES

### *Ouvrages*

- BARTHÉLÉMY (Joseph), *Cours de Droit comparé. 1943-1944*, Paris, 1944.
- BARTHÉLÉMY (Joseph), *Cours de droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Librairie Dalloz, Paris, 1938.
- BAUDIN (Louis), *Le corporatisme*, LGDJ, Paris, 1941.
- BONNARD (Roger), *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, LGDJ, Paris, 1939.
- BONNARD (Roger), *Précis de droit public*, Sirey, Paris, 6<sup>e</sup> éd., 1944.
- BONNARD (Roger), *Syndicalisme, corporatisme et État corporatif*, LGDJ, Paris, 1937.
- BURDEAU (Georges), *cours de droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1942.
- BURDEAU (Georges), *Le pouvoir politique et l'État, introduction à l'étude du droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1943.
- COQUET (Lucien), *Nationalité Européenne*, Les Éditions Elcé, Paris, 1943.
- LAFERRIÈRE (Julien), *Le nouveau gouvernement de la France, Les Actes constitutionnels de 1940-1942*, Recueil Sirey, 1942.
- LIET-VEAUX (Georges), *La continuité du Droit interne, essai d'une théorie juridique des Révolutions*, Sirey, Paris, 1942.
- PÉTAÏN (Philippe), BARTHÉLÉMY (Joseph), *Allocution prononcées par M. le maréchal Pétain et par M. Joseph Barthélémy devant le Conseil d'État, Assemblée Générale du 19 août 1941 à Royat*, Clermont-Ferrand, 1941.

### *Articles*

- BERLIA (Georges), « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1944, p. 45 *sqq.*
- BONNARD (Roger), « Bulletin bibliographique », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1943, p. 362 *sqq.*
- BONNARD (Roger), « Les actes constitutionnels de 1940 », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1942, p. 47 *sqq.*, p. 148 *sqq.*, p. 258 *sqq.*, p. 301 *sqq.*
- DELBEZ (Louis), « la révision constitutionnelle de 1942 », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1943, p. 93 *sqq.*
- DUVERGER (Maurice), « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1945, p. 73 *sqq.*
- LAFERRIÈRE (Julien), « La coutume constitutionnelle : son rôle et sa valeur en France », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1944, p. 20 *sqq.*

LIET-VEAUX (Georges), « la “fraude à la constitution” », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1943, p. 116 *sqq.*

PELLOUX (Robert), « Contribution à l'étude des régimes autoritaires contemporains », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1945, p. 334 *sqq.*

## BIBLIOGRAPHIE

### *Ouvrages*

- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, t. IV, LGDJ, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1983.
- CARTIER (Emmanuel), *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, LGDJ, Paris, 2005.
- CHAPOUTOT (Johann), *Fascisme, nazisme, et régimes autoritaires en Europe (1918-1945)*, PUF, Paris, 1<sup>e</sup> éd., 2013.
- CHAPOUTOT (Johann), *L'âge d'or des dictatures (1919-1945)*, PUF, Paris, 2008.
- COINTET-LABROUSSE (Michèle), *Vichy et le fascisme, Les hommes, les structures et le pouvoir*, éd. Complexes, Paris, 1987.
- PRÉLOT (Marcel) et BOULOUIS (Jean), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 11<sup>e</sup> éd., 1990.
- SICART (Gilles), *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, Th. Paris, Cujas, 2000.
- SURATTEAU (Jean-René), *L'idée nationale, de la révolution à nos jours*, PUF, Paris, 1<sup>e</sup> éd. 1972.

### *Articles*

- BARUCHE (Marc-Olivier), « Vichy, les fonctionnaires et la République », in Baruch (Marc-Olivier) et Duclert (Vincent) (dir.), *Serviteurs de l'État, Une Histoire politique de l'administration française (1875-1940)*, éd. La Découverte, Paris, 2000, p. 523 sqq.
- CARTIER (Emmanuel), « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n<sup>o</sup> 67, PUF, 2006, p. 509-534.
- GOGUEL (François), « Notices bibliographiques : Joseph Barthélémy – Ministre de la justice. Vichy, 1941-1943. Mémoires », *Revue Française de Science Politique*, n<sup>o</sup> 4, vol. 39, 1989, p. 591-593.
- GROS (Dominique), « La légitimation par le droit », in Baruch (Marc-Olivier) et Duclert (Vincent) (dir.), *Serviteurs de l'État, Une Histoire politique de l'administration française (1875-1940)*, éd. La Découverte, Paris, 2000, p. 19-36.
- GUILLON (Jean-Marie), « La philosophie politique de la Révolution nationale », in Azéma (Jean-Pierre) et Bédarida (François), *Le régime de Vichy et les français*, Fayard, Paris, 1992.
- JÈZE (Gaston), « Notice de jurisprudence. La définition légale du juif », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1944, p. 74-84.
- JOUANJAN (Olivier), « Qu'est-ce qu'un discours "juridique" nazi ? », *Le Débat*, 2014/1, n<sup>o</sup> 178, p. 160.
- LE CROM (Jean-Pierre), « Droit de Vichy ou droit sous Vichy ? Sur l'historiographie de la production du droit en France pendant la deuxième

- guerre mondiale », in *Histoire@Politique*, Presses de Science Po, n° 9, 2009, p. 95 *sqq.*
- LOCHAK (Danièle), « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1982, p. 282 *sqq.*
- LOCHAK (Danièle), « La neutralité de la dogmatique juridique : Mythe ou réalité ? », in Amsselek (Paul) (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1994, p. 292 *sqq.*
- MILLARD (Éric), « Hauriou et la théorie de l'institution », in *Droit et société*, 1995, p. 381-412.
- PINTO JANEIRO (Helena), « Salazar et les trois France (1940-1944) », in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 62, n° 3, 1999, p. 39-50.
- ROPERT-PRÉCLOUX (Anne-Françoise), « Qu'enseignait-on à la faculté de droit de Paris ? », *Le Droit antisémite de Vichy*, dir. GROS (Dominique), in revue *Le genre humain*, éd. du Seuil, Paris, 1996, p. 413.
- TROPER (Michel), « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, (dir. Paul Amsselek), PUF, Paris, 1994, p. 310 *sqq.*
- TROPER (Michel), « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP/PUF, Paris, 1989, p. 286 *sqq.*





UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

# Le Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité

Laure Weymuller

Mémoire de Master 2 – Droit public approfondi

Sous la direction de Monsieur le Professeur Benoît PLESSIX

2016/2017



## **REMERCIEMENTS**

Je remercie le Professeur B. Plessix pour son encadrement et ses conseils avisés, ainsi que l'ensemble des professeurs du Master 2 dont les cours ont tous contribué à éclairer tel ou tel aspect de ce mémoire.



## SOMMAIRE

<b>Introduction .....</b>	<b>403</b>
<b>Partie I – Le contrôle de conventionnalité, un outil au service du dialogue des juridictions .....</b>	<b>407</b>
I. LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ, UN OUTIL DE POSITIONNEMENT DU CONSEIL D'ÉTAT AU SEIN DE L'ORDRE CONSTITUTIONNEL .....	410
A. <i>Au-delà du contrôle de conventionnalité : l'autolimitation</i> .....	410
B. <i>En-deçà du contrôle de conventionnalité : l'extension</i> .....	431
II. LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ, UN OUTIL EN FAVEUR DE L'ARTICULATION DES PROCÉDURES ET DES NORMES .....	438
A. <i>L'articulation des procédures</i> .....	439
B. <i>L'articulation des normes</i> .....	448
CONCLUSION DE LA PARTIE I .....	469
<b>Partie II – Le contrôle de conventionnalité, un outil au service du dialogue des jurisprudences.....</b>	<b>471</b>
I. LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ, UN OUTIL DE RENOUVELLEMENT DANS LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX.....	473
A. <i>Le renouvellement du contrôle sur l'Administration</i> .....	474
B. <i>La justification par le discours sur les droits fondamentaux</i> .....	490
II. LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ, UN OUTIL DE POSITIONNEMENT DU CONSEIL D'ÉTAT FACE À LA LOI.....	518
A. <i>Un nouveau rapport à la loi ?</i> .....	519
B. <i>Préoccupations</i> .....	538
CONCLUSION DE LA PARTIE II SOUPLESSE À LA MARGE OU SUR LES SUJETS DE FOND ? .....	561
<b>Conclusion générale .....</b>	<b>563</b>
<b>Liste des principales abréviations.....</b>	<b>565</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>567</b>
OUVRAGES ET THÈSES .....	567
FASCICULES.....	567
ARTICLES.....	567
CONCLUSIONS .....	574
JURISPRUDENCE.....	574



## INTRODUCTION

Lorsque le « contrôle de conventionnalité<sup>1</sup> » des lois a été admis par le Conseil d'État lors de la célèbre décision *Nicolo* du 20 octobre 1989<sup>2</sup>, les fées penchées sur son berceau lui prédisaient un avenir bien peu reluisant. Le commissaire du Gouvernement Frydman avait conclu en assurant l'assemblée du contentieux que les cas de contrariété effective entre un traité et une loi postérieure seraient « sans aucun doute – et quoi qu'on ait pu dire à ce sujet – relativement exceptionnels », voire « rarissimes<sup>3</sup> ». À l'évidence, il s'est trompé. Si, pendant les premières années de son existence, le Conseil d'État a fait preuve d'une certaine prudence dans l'usage de son nouvel outil, encore tout empreint de timidité devant la puissance de la loi, le contrôle de conventionnalité a ensuite connu un développement exponentiel. Cette transformation en un outil devenu parfaitement banal s'explique en grande partie par l'importance croissante prise parallèlement par le droit communautaire (devenu droit de l'Union européenne) et par le droit européen. C'est parce que le Conseil d'État s'est peu à peu converti à l'existence et à la valeur de ces ordres juridiques supra- ou extranationaux, que leurs jurisprudences respectives se sont parallèlement développées et que les justiciables ont rapidement compris le profit qu'ils pouvaient en tirer, que le contrôle de conventionnalité a connu le succès que l'on sait.

Devant une telle banalisation, dans quelle mesure peut-on, aujourd'hui, parler de mutations de ce contrôle ? La jurisprudence oriente la réponse dans deux directions. D'abord, la « montée en puissance<sup>4</sup> » du contrôle de conventionnalité au cours des deux dernières décennies peut mériter par elle-même une telle qualification, non seulement par son volume, mais aussi par la nature des dispositions de référence qui y ont été de plus en plus in-

---

<sup>1</sup> On entendra ici le contrôle de conventionnalité dans le sens où Bruno Genevois a employé cette expression pour la première fois en 1989 pour commenter l'arrêt *Nicolo* (RFDA n° 5, 1989, p. 831), c'est-à-dire comme le contrôle de compatibilité des lois avec les conventions internationales liant la France, exercé par le juge ordinaire. On exclura donc, conformément à l'usage, le contrôle de la compatibilité des actes infra-législatifs avec les conventions internationales, qui ressortit tout simplement du contrôle de légalité, le contrôle non juridictionnel sur les projets de loi exercé par le Conseil d'État dans sa fonction de conseil, ainsi que les contrôles « inverses » que constituent l'appréciation en interprétation ou en validité d'un acte du droit de l'Union par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), souvent exercée dans le cadre d'un conflit entre une loi et ledit acte devant une juridiction nationale, d'une part, et l'appréciation par le Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) de l'atteinte portée par la loi d'un État membre du Conseil de l'Europe à un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, qui fait aussi généralement suite à un contentieux national mettant en jeu le contrôle de conventionnalité de la loi, d'autre part.

<sup>2</sup> CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*, Rec. CE p. 190.

<sup>3</sup> Concl. P. FRYDMAN, Rec. CE p. 190.

<sup>4</sup> J.-M. SAUVÉ, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », exposé de synthèse de la journée d'étude organisée au Conseil d'État par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 1<sup>er</sup> avril 2011 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-examen-de-la-constitutionnalite-de-la-loi-par-le-Conseil-d-Etat>)

voquées : le contrôle de conventionnalité s'est développé dans le sens de l'invocation croissante de droits fondamentaux, à tel point que l'on a pu parler de « contrôle de fondamentalité », c'est-à-dire de compatibilité<sup>1</sup> avec les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

Ensuite, un certain nombre des décisions les plus notables rendues par le Conseil d'État au cours de la dernière décennie sont venues apporter des précisions ou des évolutions importantes à l'exercice du contrôle de conventionnalité. Parfois provoquées par une évolution antérieure de la Cour de cassation dans son propre exercice du contrôle de conventionnalité, parfois initiées par le Conseil d'État lui-même, les diverses transformations que ces décisions ont imposées dans l'exercice du contrôle de conventionnalité peuvent aussi, du moins au premier abord, justifier qu'elles soient qualifiées de mutations. Si le contrôle de conventionnalité tel qu'il est exercé par le Conseil d'État a muté, c'est donc par un inextricable mélange de stratégie contentieuse des requérants, d'initiative du Conseil d'État et d'influence des autres juridictions.

Deux décisions d'assemblée récentes du 31 mai 2016 sont emblématiques de ces évolutions : dans l'arrêt *M. Marc Jacob*<sup>2</sup>, le Conseil d'État a clarifié les conditions d'articulation du contrôle de conventionnalité avec le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, d'une part, et avec le renvoi préjudiciel en interprétation d'un acte du droit de l'Union, d'autre part ; dans l'arrêt *M<sup>me</sup> Gonzalez-Gomez*<sup>3</sup>, il a modifié la nature du contrôle de conventionnalité en ajoutant au contrôle abstrait de la compatibilité de la loi avec une convention internationale un contrôle concret de la compatibilité de l'*application* de la loi au regard de la convention. Chacune de ces deux décisions a été, au cours des mois qui les ont suivies, abondamment commentée par la doctrine ; les chroniques se sont maintenant globalement taries, si bien que l'on peut légitimement avoir l'impression que sur ces évolutions, tout a été dit. En outre, ces deux décisions semblent au premier abord, bien que rendues le même jour, n'avoir pas grand-chose à voir l'une avec l'autre, hormis le dénominateur commun du contrôle de conventionnalité : l'une concerne une pure question de technique procédurale et la matière fiscale, l'autre concerne le fond du contrôle et soulève une question éthique.

Et pourtant, la principale raison qui invite à ce que l'on revienne sur ces changements est, précisément, que ces décisions (et de manière générale, les décisions de la dernière décennie concernant l'articulation procédurale du contrôle de conventionnalité et celles concernant le fond du contrôle) ne

---

<sup>1</sup> En principe, le contrôle de conventionnalité est un contrôle de compatibilité. On observe cependant une tendance de plus en plus fréquente à juger que telle norme « ne méconnaît pas » telle autre (alors qu'il faudrait plutôt énoncer qu'elle n'est « pas incompatible » avec elle), signe que la distinction (analysée en son temps par C. EISENMANN : *Le droit administratif et le principe de légalité*, ECDE 1957, p. 25 ; voir aussi J.-P. MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », AJDA 1999, p. 99) est aujourd'hui quasi inexistante dans la pratique jurisprudentielle. Le terme englobant de « conventionnalité » permet d'ailleurs de lisser la différence entre les deux notions.

<sup>2</sup> CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, *M. Marc Jacob*, Rec. CE p. 191.

<sup>3</sup> CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M<sup>me</sup> Gonzalez-Gomez*, Rec. CE p. 208.



sont peut-être pas si éloignées qu'il y paraît au premier abord. À notre connaissance, peu de commentaires se sont intéressés au lien qui les unit. Or une clé d'analyse commune semble résider dans la manière dont le Conseil d'État se positionne par rapport à ses homologues juridictionnels (Conseil constitutionnel et Cour de cassation en interne, Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme en externe) et à leurs jurisprudences respectives. Que ce soit au point de vue procédural ou au point de vue matériel, cette question de positionnement semble à même d'apporter un éclairage utile sur les évolutions récentes de la jurisprudence du Conseil d'État.

Il faut bien voir, en effet, que le contrôle de conventionnalité n'est pas un outil neutre : le Conseil d'État, enserré dans un paysage juridique pluralisé où les ordres juridiques, les juridictions, les procédures, les normes et les jurisprudences s'imbriquent et s'entrechoquent, peut rarement se désarmer mais a souvent le choix des armes. Du fait de sa position de juge national, juge du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité que les requérants peuvent, depuis 2010, lui demander de transmettre au Conseil constitutionnel, juge national interprétant le droit de l'Union et devant parfois renvoyer des questions préjudicielles à la CJUE, chargé de respecter les jurisprudences parfois contradictoires des juges de la rue de Montpensier, de Strasbourg et de Luxembourg, influencé à l'occasion par le Quai de l'Horloge, le Conseil d'État se trouve bien souvent dans des situations où il n'a d'autre choix que de prendre position par rapport à ses pairs. Le contrôle de conventionnalité est, très souvent, le révélateur de ces choix.

Sous cet angle, il convient donc de revenir sur les évolutions récentes du contrôle de conventionnalité et d'analyser la manière dont le Conseil d'État a fait évoluer cet outil, comment il en a usé dans ses rapports avec ses pairs, l'Administration ou les administrés, comment l'historique de son positionnement institutionnel a joué sur ses décisions, comment il a officiellement justifié celles-ci, bref, quelle a été son attitude, sa politique jurisprudentielle, face aux mutations, décidées ou subies, du contrôle de conventionnalité.

Or, pour qualifier ce positionnement, la lecture la plus superficielle du discours du Conseil d'État fait immédiatement ressortir un maître mot : le dialogue. C'est résolument sur cette ligne que le Conseil d'État a choisi de se situer dans ses rapports avec ses pairs pour résoudre les différents problèmes liés à l'imbrication croissante de plusieurs ordres juridiques. Telle est du moins la « version officielle » de la politique jurisprudentielle du Conseil d'État. Celui-ci, au moyen du contrôle de conventionnalité, outil par excellence d'articulation des systèmes de juridictions et de normes, a décliné cette stratégie à la fois sous l'angle de la coopération procédurale, en dégageant des solutions de résolution des conflits d'attribution juridictionnelle, et sous l'angle de la coopération jurisprudentielle, en faisant le choix d'intégrer, à plus ou moins forte dose, les solutions jurisprudentielles dégagées par ses pairs ou au contraire de les anticiper ou de les influencer. Le contrôle de conventionnalité apparaît ainsi comme un outil au service à la fois du dialogue des juridictions (Partie I) et du dialogue des jurisprudences (Partie II).

Avant de commencer notre enquête, précisons qu'elle nous conduira à utiliser deux matériaux : d'une part, bien sûr, la jurisprudence du Conseil d'État, source première de toute analyse de droit administratif ; mais aussi le

discours du Conseil d'État qui entoure cette jurisprudence. Sur ce dernier point, l'exercice est malaisé : il est difficile de savoir ce que « pense » le Conseil d'État : le délibéré est secret, les juridictions françaises ne connaissent pas d'opinions dissidentes, et sitôt une décision prise, le Conseil présente un visage uni que manifestent les déclarations officielles ou quasi-officielles de ses représentants (communiqués de presse, discours, colloques...) ; en outre, l'analyse de ces éléments confine parfois à la sociologie plus qu'à la science du droit. Nous ne nous interdirons pas, toutefois, d'y recourir le cas échéant, la confrontation du positionnement revendiqué avec celui qui ressort de la stricte analyse jurisprudentielle étant susceptible de dégager des enseignements instructifs.

**PARTIE I**  
**LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ,**  
**UN OUTIL AU SERVICE DU DIALOGUE DES JURIDICTIONS**

Le contrôle de conventionnalité s'est, en premier lieu, révélé un outil puissant au service du dialogue des juridictions.

Lorsque le contrôle de conventionnalité a été introduit dans l'ordre administratif en 1989, les attributions des différentes juridictions semblaient assez claires. Dans l'ordre interne, la répartition des compétences entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, si elle n'était jamais à l'abri d'ajustements, était acquise dans ses grandes lignes. La distinction entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ne posait pas de difficulté : au Conseil constitutionnel le contrôle *a priori* de la loi par rapport à la Constitution, au juge administratif le contrôle *a posteriori* de la loi par rapport aux conventions internationales liant la France, notamment au droit européen. Le contentieux constitutionnel, bien qu'il donnât déjà lieu à des décisions fondatrices, était d'ailleurs encore relativement peu développé car non ouvert aux particuliers. Dans l'ordre externe, la France venait depuis peu d'accepter d'ouvrir le recours individuel à la Cour européenne des droits de l'homme et ses condamnations pouvaient encore se compter sur les doigts d'une main. Au point de vue européen, l'heure était encore à l'autosuffisance nationale et au jeu du chat et de la souris avec l'Union européenne pour limiter les effets négatifs de l'ouverture à la concurrence et préserver des marges de manœuvre nationales. Ainsi, « chacun logeait chez soi, et tout le monde savait à quoi s'en tenir<sup>1</sup>. »

Pourtant, ce tableau se compliqua rapidement. Dans l'ordre interne, des frottements apparurent entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité. L'invocation croissante des droits fondamentaux faisait en effet du contrôle de conventionnalité, pour une grande part, un contrôle de « fondamentalité » dont les normes de référence étaient très proches, voire d'une « chair indiscernable<sup>2</sup> » de celle posées par la Constitution. La doctrine parla de « malaise », d'empiètement, de chevauchement entre les deux contrôles, on reprocha au Conseil d'État d'exercer un contrôle de constitutionnalité déguisé et certains en vinrent à craindre, ou parfois à souhaiter, que l'un ou l'autre type de contrôle absorbe l'autre<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », *RFDA* 1998, p. 225.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.* ; D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en cause de la jurisprudence Nicolo ? », *RFDA* 2003, p. 876 ; G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7, déc. 1999, p. 141 ; C. CASTAING, « L'extension du contrôle de conventionnalité aux principes généraux du droit communautaire », *RTD Eur.* 2003, p. 197 ; O. DUTHELLET DE LAMOTHE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315.

En 2010, l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui vint offrir aux requérants une possibilité parallèle de contrôle *a posteriori* des lois à l'aune de la Constitution, par le Conseil constitutionnel, tarit les critiques relatives aux sphères matérielles d'attribution relatives du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Mais elle déplaça les difficultés vers l'articulation entre le contrôle de conventionnalité et la QPC.

En parallèle, dans l'ordre supranational, la réticence du Conseil d'État vis-à-vis des attributions de la Cour de justice des communautés européennes (désormais CJUE) avait fini par devenir intenable : la position consistant à systématiquement refuser de renvoyer des questions d'interprétation des actes de droit européen à la CJUE, empiétant ainsi de plus en plus grossièrement sur les attributions de la CJUE, risquait d'affecter le rôle que la France entendait continuer à jouer dans la construction européenne. Le Conseil d'État devait donc se repositionner clairement vis-à-vis des attributions de la Cour de justice.

Pour le Conseil d'État, les tentations étaient donc multiples. Vis-à-vis de la CJUE, il pouvait, par orgueil, choisir de persister dans le repli sur soi et l'ignorance des attributions de la Cour ; mais cette voie aurait clairement été suicidaire. Il pouvait encore, par convoitise, étendre son périmètre d'action en exerçant son contrôle de conventionnalité dans les failles juridictionnelles qui demeuraient entre les attributions du Conseil constitutionnel, celles de la Cour de justice et les siennes, ou, plus finement, dégager des solutions contraires à celles de ses pairs. Il pouvait enfin, cédant à la paresse, trouver des réponses simplistes aux problèmes d'articulation complexes qui naissaient de cette imbrication croissante des systèmes.

Or force est de constater que le Conseil d'État a su résister avec succès à toutes ces tentations. Sans chercher à empiéter sur les prérogatives de ses pairs, sans provoquer de conflit majeur, par un dialogue des juges dans lequel il semble de plus en plus à l'aise, il a saisi l'occasion du contrôle de conventionnalité pour réaffirmer et clarifier son positionnement institutionnel dans l'ordre interne et dans l'ordre externe, en déployant toutes les potentialités de ses attributions tout en refusant d'empiéter sur celles de ses pairs. Il s'est ainsi posé en pacificateur et en conciliateur indispensable entre les différents ordres juridiques ; le système s'est donc autorégulé, « à base d'esprit de mesure et de solutions de compromis<sup>1</sup> ». Un certain nombre de décisions récentes confirment ces tendances de fond.

C'est d'une part en termes d'*attributions* respectives que le Conseil d'État a été amené à prendre position. Il s'est agi pour lui à la fois de réaffirmer clairement la sphère de compétence juridictionnelle qui lui revenait et de repousser les demandes qui l'auraient conduit à empiéter sur les sphères de compétence de ses voisins (I.). Ces compétences distinctes et exclusives étant clarifiées, il s'est également agi d'en ajuster les *articulations*, c'est-à-dire d'apporter des solutions à toutes les situations où ces compétences entrent en potentiel conflit, deux, voire trois types de contrôles se juxtaposant dans le cadre d'une même procédure, ou bien aux situations où le jeu com-

---

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », art. cité.

biné de ces différentes attributions fait apparaître des conflits de normes jusque-là irrésolus (II.)

## ***I. Le contrôle de conventionnalité, un outil de positionnement du Conseil d'État au sein de l'ordre constitutionnel***

En termes d'attributions juridictionnelles, en interne comme en externe, les juges du Palais Royal ont utilisé le contrôle de conventionnalité pour procéder à une clarification des attributions qu'ils reconnaissaient au Conseil constitutionnel et à la CJUE, et de leurs attributions propres. Le Conseil d'État a ainsi résisté à la tentation de l'hégémonie, sachant rendre à César ce qui était à César et garder pour lui exclusivement ce qui ressortissait de sa compétence. La réaffirmation constante de son incompétence à exercer un quelconque contrôle de constitutionnalité et la conversion aux attributions propres de la CJUE n'ont cependant pas été synonymes de capitulation. En parallèle, le Conseil d'État a petit à petit déployé toutes les potentialités du contrôle de conventionnalité qui n'était qu'embryonnaire en 1989, remplissant progressivement quasiment toutes les cases manquantes du puzzle. Se situant de lui-même dans un juste milieu, entre respect et indépendance au sein de l'ordre constitutionnel, le Conseil d'État a ainsi accepté de n'exercer rien que le contrôle de conventionnalité (A.), mais tout le contrôle de conventionnalité (B.).

### ***A. Au-delà du contrôle de conventionnalité : l'autolimitation***

C'est d'abord par rapport aux attributions de ses pairs (Conseil constitutionnel et CJUE, et dans une moindre mesure CEHD et Cour de cassation) que le Conseil d'État a affirmé son positionnement. Celui-ci a été très clair : aussi bien dans l'ordre national (1.) que dans l'ordre supranational (2.), le Conseil d'État a utilisé le moyen du contrôle de conventionnalité pour montrer un entier respect des attributions de ses homologues en résistant aux tentatives d'empiètement.

### **1. Dans l'ordre national**

Le positionnement institutionnel du Conseil d'État grâce au contrôle de conventionnalité s'est tout d'abord manifesté dans l'ordre interne. En la matière, c'est surtout dans ses rapports avec le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État a dû ici se situer, plus que vis-à-vis de la Cour de cassation. Du strict point de vue des sphères de compétence en matière de contrôle de conventionnalité, en effet (et non du fond du contrôle, qui, lui, peut prêter à frictions comme nous le verrons plus loin – voir *infra*, section II. B), il est difficile d'imaginer que les attributions du Conseil d'État puissent entrer en conflit avec celles de la Cour de cassation, puisqu'il n'y a pas de convention internationale à l'aune de laquelle le contrôle des normes nationales serait réservé à l'un ou l'autre juridiction supérieure, ce contrôle découlant simplement, pour chacun des deux ordres, de la répartition des compétences entre les juridictions administrative et judiciaire<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour un exemple d'articulation par le Conseil d'État de sa propre sphère de compétence avec celle du juge judiciaire, voir cependant : CE., ass., 26 sept. 1984, n° 62847, *Lujambio Galdeano*, Rec. CE 1984, p. 254 (incompétence du Conseil d'État pour contrôler la légalité externe de l'avis rendu par la chambre d'accusation sur un décret d'extradition, les moyens de forme et de procédure relevant du recours devant la Cour de cassation ; mais compétence pour examiner la légalité interne, notamment au regard des conventions internationales).

Chacun sait que traditionnellement, depuis les décisions fondatrices *Arrighi*<sup>1</sup>, *IVG*<sup>2</sup>, *Nicolo*<sup>3</sup>, notre système juridique « clive radicalement le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité internationale en les confiant à des juges différents et en créant les conditions d'un hermétisme quasi parfait entre leurs sphères d'action<sup>4</sup> ». Pourtant, ces décisions n'avaient pas résolu l'ensemble des cas de friction potentiels entre ces deux sphères d'attributions, d'autant moins que depuis leur édicton, le paysage juridique a beaucoup évolué, à la fois en termes de contenu des jurisprudences et de procédures (en particulier avec la création de la QPC en 2008). Le Conseil d'État aurait donc eu, depuis la décision *Nicolo*, un certain nombre d'occasions d'empiéter sur les terres du Conseil constitutionnel, et réciproquement.

Or l'on constate au contraire, à la lumière d'arrêts rendus jusqu'à tout récemment, que le Conseil d'État a résisté à cette tentation pour lui préférer une autolimitation respectueuse. Ce positionnement s'est manifesté sur deux fronts : d'abord, le Conseil d'État a constamment réitéré son refus d'empiéter sur les attributions du Conseil constitutionnel et d'exercer une quelconque forme de contrôle de constitutionnalité (a) ; il a aussi décliné sa compétence devant certaines attributions qu'il estimait ne pas être de son ressort, indiquant implicitement au Conseil constitutionnel qu'il lui laissait la préséance en ces matières (b)). Comme le disent joliment les chroniqueurs autorisés du Conseil d'État, « comme dans tous les pas de deux, une attention particulière doit être mise à ne pas "marcher sur les pieds" de son partenaire, sauf à nuire irrémédiablement à l'harmonie de l'ensemble<sup>5</sup> » ; il semble que vis-à-vis du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État ait entendu cette leçon.

*a) Un refus constant d'empiéter sur les attributions du Conseil constitutionnel*

Au terme de près de trente ans de coexistence du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité, dont près de dix dans un système de double recours individuel de « fondamentalité » (le contrôle de conventionnalité à l'aune des stipulations de la Convention EDH d'une part, la QPC d'autre part), force est de constater que, contrairement aux prédictions des plus pessimistes, le contrôle de conventionnalité exercé par les juridictions administratives n'a ni disparu, ni remplacé le contrôle de constitutionnalité, celui-ci ayant, bien au contraire, connu un bain de jouvence remarquable grâce à la QPC, dont l'introduction en droit français a tari les critiques tenant à ce que l'inconventionnalité des lois était mieux sanctionnée que leur inconstitutionnalité.

---

<sup>1</sup> CE, sect., 6 nov. 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, *Rec. CE* p. 966.

<sup>2</sup> Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, *IVG*, *Rec. Cons. const.* p. 19.

<sup>3</sup> Préc.

<sup>4</sup> D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 37, 2011, p. 33.

<sup>5</sup> A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA* 2011, p. 1136.

Ce *statu quo* est dû à une autolimitation du Conseil d'État vis-à-vis du Conseil constitutionnel (i.) et réciproquement (ii.), chacun ayant fidèlement gardé le cap des jurisprudences *IVG* et *Nicolo* malgré les tactiques contentieuses de certains requérants et les suggestions de la doctrine<sup>1</sup>. Cette double autolimitation de principe laisse cependant subsister quelques hypothèses d'empiètement.

### *i. Le respect des attributions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'État*

La répartition entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité étant, sur le plan des compétences juridictionnelles, particulièrement claire, il existe relativement peu d'exemples de décisions où le Conseil d'État a dû explicitement refuser de procéder à un contrôle de constitutionnalité. On rencontre cependant de temps à temps, jusqu'à très récemment, de telles situations dans lesquelles les requérants demandent au juge administratif d'exercer soit un contrôle de constitutionnalité de normes inférieures à la Constitution, soit un contrôle de conventionnalité de normes constitutionnelles. Le Conseil d'État repousse systématiquement l'une et l'autre possibilité.

*Fidélité à Arrighi : le refus de toute forme de contrôle de constitutionnalité « en contrebande<sup>2</sup> »*

Fidèle à sa jurisprudence *Arrighi*, c'est d'abord la constitutionnalité des lois que le Conseil d'État s'est refusé de manière constante à contrôler. La question pouvait pourtant se poser de nouveau puisque l'arrêt *Arrighi* avait été rendu avant la création du Conseil constitutionnel et dans un contexte juridique qui avait, depuis, profondément évolué<sup>3</sup>. Dans sa décision *Rouquette* du 5 mars 1999<sup>4</sup>, le Conseil d'État a cependant rappelé qu'il ne lui appartient pas « au contentieux d'apprécier la conformité de la loi au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques ». Plus précisément, dans sa décision *Deprez et Baillard* du 5 janvier 2005<sup>5</sup>, il a choisi de substituer aux anciens motifs le nouveau fondement de l'article 61 de la Constitution, et ce, alors même qu'il n'existait encore aucune procédure de contrôle

---

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », art. cité ; D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi. Vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo* ? », art. cité ; G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », art. cité ; C. CASTAING, « L'extension du contrôle de conventionnalité aux principes généraux du droit communautaire », art. cité.

<sup>2</sup> Pour reprendre les termes de M. JÉOL, « Les techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 69, cité par F. SUDRE, « A propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Cl. Gauthron*, Pédone, 2004, p. 207-224.

<sup>3</sup> Pour le contexte de l'époque, voir les concl. de R. LATOURNERIE sur CE, *Arrighi*, préc., *Rec. Dalloz* 1938, 3, p. 1.

<sup>4</sup> CE, ass., 5 mars 1999, n° 194658 et 196116, *Rouquette*, *Rec. CE* p. 37.

<sup>5</sup> CE, 5 janv. 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, n° 257341 et 257534, *Rec. CE* p. 1.



de constitutionnalité *a posteriori* et par voie d'exception. Le Conseil d'État a appuyé cette décision sur une interprétation de la Constitution, affirmant que « l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ». Autrement dit, c'était désormais la compétence du Conseil constitutionnel qui justifiait l'incompétence du juge administratif à contrôler la constitutionnalité des lois<sup>1</sup>.

À l'époque où la QPC n'existait pas, un tel contrôle n'aurait pourtant pas été impensable : le contrôle d'une norme nationale à l'aune de la Constitution était déjà éclaté entre le juge ordinaire (au titre du contrôle de légalité des actes administratifs) et le Conseil constitutionnel, de même que le contrôle de conventionnalité à l'aune d'une même convention internationale est éclaté entre les juridictions administrative et judiciaire, selon la répartition des compétences entre ces deux ordres ; en principe, donc, il n'y aurait pas eu d'obstacle incontournable à ce que les juges ordinaires soient chargés du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, par voie d'exception, dans le cadre de contentieux d'espèce.

Le Conseil d'État a cependant préféré prudemment déduire « de la simple existence d'une procédure constitutionnelle l'exclusivité de celle-ci, quand bien même d'autres procédures pourraient s'y ajouter sans la contredire<sup>2</sup> ». Contre la parcellisation du contrôle de constitutionnalité des lois, il a ainsi implicitement défendu une vision d'un système juridique cohérent (au moins sur ce point), où, si un tel contrôle devait exister un jour, c'est entre les mains du Conseil constitutionnel qu'il devrait être entièrement réuni. À la réflexion, un tel choix n'a rien d'étonnant. La création du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* par la norme suprême pouvait être interprété comme exigeant, par parallélisme, qu'un éventuel contrôle *a posteriori* fût également créé par la Constitution, et non par une simple décision prétoirienne. En outre, avant la création de la QPC en France, les juges du Palais Royal avaient déjà sous les yeux l'exemple d'autres cours constitutionnelles européennes exerçant un contrôle de constitutionnalité à la fois *a priori* et *a posteriori* (par exemple l'Allemagne ou la Belgique). Enfin, la doctrine et le monde politique français appelaient de leurs vœux depuis un certain temps l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, que la plupart entendaient confier au Conseil constitutionnel<sup>3</sup>. Il aurait donc été relativement téméraire de la part du Conseil d'État de s'auto-investir d'un tel

---

<sup>1</sup> Voir S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », *RFDA* 2012, p. 639.

<sup>2</sup> G. EVEILLARD, « Les élections régionales ont bien eu lieu... », *Droit administratif*, n° 2, févr. 2016, comm. 12.

<sup>3</sup> Voir par ex. les recommandations du « comité Ballardur » : E. BALLADUR, *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République*, La Documentation française, 2007, p. 87 sq.

contrôle. L'existence d'arguments sérieux dans les deux sens montre toutefois que le choix du Conseil d'État s'inscrit dans une politique jurisprudentielle d'autolimitation, de « *self-restraint* », face au Conseil constitutionnel.

C'est également la constitutionnalité des traités *a posteriori* et par voie d'exception que le Conseil d'État a clairement refusé de contrôler. Ce refus peut là encore s'expliquer par le monopole du mécanisme instauré par l'article 54 de la Constitution au bénéfice du Conseil constitutionnel, qui exclut toute forme parallèle de recours auprès du Conseil d'État, même si cela devait créer un angle mort juridictionnel. Le Conseil d'État refuse donc systématiquement de contrôler par voie d'exception la constitutionnalité des traités internationaux, rappelant, dans ses décisions *C<sup>ne</sup> de Porta*<sup>1</sup> et *Fédération nationale de la libre pensée*<sup>2</sup>, qu'il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux de se prononcer sur la conformité d'un traité à la Constitution. Ces décisions doivent être rapprochées d'une part de la décision *SARL du parc d'activités de Blotzheim*<sup>3</sup> qui avait ouvert le contrôle de la régularité de la procédure d'introduction d'un traité dans l'ordre interne mais refusé de contrôler la conformité du contenu du traité à la Constitution, et d'autre part de la décision *Koné*<sup>4</sup>, fortement critiquée à l'époque, par laquelle le Conseil d'État avait interprété la portée d'une convention internationale à l'aune d'un principe constitutionnel (cette décision avait cependant été rendue avant la création de la QPC, si bien que le même cas de figure risque peu de se représenter aujourd'hui).

En revanche, le Conseil d'État a indirectement accepté de contrôler la constitutionnalité d'une directive à l'occasion de recours dirigés contre un acte réglementaire la transposant, en opérant une translation de ce contrôle en un contrôle de conformité de cette directive au droit primaire de l'Union et en renvoyant la question à la CJUE (décision *Arcelor*<sup>5</sup> ; voir *infra*, section II. B. 1. a) ; l'acceptation d'un tel contrôle, très indirect, était, si l'on en croit les conclusions du rapporteur public, fondé d'une part sur l'ancrage constitutionnel de l'article 88-1 et d'autre part sur l'existence d'un angle mort juridictionnel relatif au contrôle de constitutionnalité des actes de transposition lorsque ceux-ci prennent directement la forme d'un acte réglementaire, et non d'une loi<sup>6</sup>.

Comme on le voit, la ligne jurisprudentielle du Conseil d'État en matière d'incompétence pour contrôler la constitutionnalité des conventions et actes de droit international est pour le moins subtile.

---

<sup>1</sup> CE, 8 juill. 2002, n° 239366, *Cne de Porta*, *Rec. CE* p. 260.

<sup>2</sup> CE, ass., 9 juill. 2010, n° 327663, *Fédération nationale de la libre pensée*, *Rec. CE* p. 268.

<sup>3</sup> CE, 18 déc. 1998, n° 181249, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, *Rec. CE* p. 483.

<sup>4</sup> CE, ass., 3 juill. 1996, n° 169219, *Koné*, *Rec. CE* p. 255.

<sup>5</sup> CE, ass. 8 févr. 2007, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Rec. CE* p. 55, avec les concl. de M. GUYOMAR.

<sup>6</sup> Concl. M. GUYOMAR, préc.

Au même chapitre, on peut ajouter que le pouvoir qu'avait autrefois le juge ordinaire de constater l'abrogation implicite d'une loi par une disposition constitutionnelle postérieure<sup>1</sup> a été largement transféré au Conseil constitutionnel depuis l'instauration de la QPC : le juge (notamment administratif) renvoie désormais au Conseil constitutionnel les QPC tirées de l'incompatibilité d'une disposition législative avec une disposition constitutionnelle postérieure<sup>2</sup>, illustration supplémentaire de son attitude prudente devant la sphère de juridiction du Conseil constitutionnel<sup>3</sup>.

*Fidélité à Sarran et Levacher<sup>4</sup> : le refus de toute forme de contrôle de conventionnalité de dispositions constitutionnelles*

Le Conseil d'État, dans le cadre d'un arrêt *Blanc et autres*<sup>5</sup>, a été récemment confronté à une demande de contrôle de la conventionnalité d'une loi organique qui lui a permis de faire d'une pierre deux coups : d'un côté, compléter le tableau de ses autolimitations face au Conseil constitutionnel ; de l'autre, compléter celui de l'extension du contrôle de conventionnalité (sur cet aspect, voir *infra*, Partie I, section I. B. 2). Des fonctionnaires de police, contrits des poursuites engagées contre eux par un juge du siège qui s'étaient terminées par un non-lieu, avaient saisi le Conseil Supérieur de la Magistrature d'une plainte contre ladite juge, conformément à la possibilité ouverte par le récent article 50-3 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Cette saisine n'ayant finalement donné lieu à aucune sanction à l'encontre de cette dernière, les plaignants avaient porté leur mécontentement auprès du Conseil d'État en invoquant l'incompatibilité de l'article 58 de l'ordonnance, dont le deuxième alinéa prévoit expressément que « le recours contre la décision du conseil de discipline n'est pas ouvert à l'auteur de la plainte », avec les articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État devait donc juger de la compatibilité des dispositions d'une loi organique avec une convention internationale.

En répondant au moyen, le Conseil d'État a implicitement consacré un tel contrôle. Mais en créant, par le fichage au recueil Lebon, la notion d'« écran constitutionnel » (« Moyen tiré de l'incompatibilité d'une loi organique avec un traité international. Existence, en l'absence d'"écran constitutionnel" (sol. impl.)<sup>6</sup> »), il a implicitement opéré une distinction entre,

---

<sup>1</sup> CE 21 nov. 2005, n° 287217, *Boisvert*, *Rec. CE* p. 517 ; CE 16 déc. 2005, n° 259584, *Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, *Rec. CE* p. 570.

<sup>2</sup> Voir par ex. CE 15 juill. 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 322419, inédit au *Rec. CE* ; *RFDA* 2011, p. 353, étude G. EVEILLARD.

<sup>3</sup> Sur cette question, voir S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », art. cité.

<sup>4</sup> CE, ass., 30 oct. 1998, n° 200286 et 200287, *Sarran, Levacher et autres*, *Rec. CE* p. 369.

<sup>5</sup> CE, 6 avr. 2016, *Blanc et a.*, n° 380570, *Rec. CE* 2016, p. 119.

<sup>6</sup> Voir les commentaires de l'arrêt : L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Elle a beau être organique, elle n'en est pas moins loi », *AJDA* 2016, p. 948 ; P. COSSALTER, « Le juge administratif peut contrôler la conventionnalité d'une loi organique », *Revue générale du*

d'une part, les dispositions d'une loi organique qui ne sont qu'un reflet pur et simple, une application mécanique, de dispositions constitutionnelles (c'est-à-dire celles qui se bornent à tirer les conséquences inconditionnelles d'une disposition constitutionnelle, pour reprendre la formule utilisée en matière d'écran législatif<sup>1</sup>), dispositions « quasi-constitutionnelles », pourrait-on dire, à l'encontre desquelles, en application de la jurisprudence *Sarran* et *Levacher*<sup>2</sup>, aucune contestation n'est possible devant le Conseil d'État, et, d'autre part, celles qui témoignent au contraire d'une certaine marge de manœuvre du législateur dans l'application de dispositions constitutionnelles, qui, comme toute loi, peuvent faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité.

Le tableau des normes dont le Conseil d'État refuse de contrôler la conventionnalité parce que cela reviendrait soit à empiéter sur le contrôle de constitutionnalité des lois (qui n'appartient qu'au Conseil constitutionnel), soit à exercer un contrôle de conventionnalité de dispositions constitutionnelles (ce qui est aussi, sous le rapport inverse de la conformité des traités à la Constitution, du ressort du seul Conseil constitutionnel), est donc quasiment complet. Il y manque une décision portant sur le contrôle des lois référendaires, mais il est permis de penser que le Conseil d'État, s'il était confronté à la question, écarterait aussi bien le contrôle de leur constitutionnalité (que le Conseil constitutionnel lui-même a décliné<sup>3</sup>) que de leur conventionnalité (voir *infra*, section B. 2).

#### *Respect des attributions du Conseil constitutionnel en matière de QPC*

L'attention du Conseil d'État à ne pas empiéter sur les attributions du Conseil constitutionnel s'est enfin manifestée après l'introduction de la QPC en droit français. Selon les termes mêmes du vice-président du Conseil d'État, « [c]ette réforme, le Conseil d'État l'a pleinement appliquée sans jamais se substituer au Conseil constitutionnel, contrairement aux propos récurrents des augures entre juillet 2008 et mars 2010<sup>4</sup> ». Là encore, la démarche du Conseil d'État a procédé « d'une volonté de coopération loyale qui reconnaît pleinement la souveraineté du Conseil constitutionnel dans le champ de ses attributions<sup>5</sup>. »

---

*droit on line*, n° 23792, 2016 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23792](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23792)) ; G. EVEILLARD, « L'absence de droit des administrés à obtenir la sanction d'un agent public », *Droit Administratif* n° 8-9, août 2016, comm. 50 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Des apparences juridictionnelles de la sanction disciplinaire et de l'absence d'écran constitutionnel (en solution implicite) », *JCP A* n° 2015, 18 avril 2016, act. 337.

<sup>1</sup> Le Conseil d'État réplique ici, en effet, sa jurisprudence relative à l'écran législatif, aux termes de laquelle il refuse de contrôler la constitutionnalité de dispositions réglementaires d'application d'une loi qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de cette loi.

<sup>2</sup> Préc.

<sup>3</sup> Cons. const., décision n° 62-20 DC du 6 nov. 1962, *Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct*, adoptée par le référendum du 28 oct. 1962, JORF 7 nov. 1962, p. 10778.

<sup>4</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le Conseil d'État et la Constitution », intervention au déjeuner du Cercle des constitutionnalistes, 25 avr. 2017 ([http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-la-Constitution#\\_ftn23](http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-la-Constitution#_ftn23)).

<sup>5</sup> J.-M. SAUVÉ, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », art. cité.

D'abord, le Conseil d'État a fait une utilisation respectueuse à l'égard du Conseil constitutionnel, et assez libérale, de son rôle de filtre de la transmission des QPC. Dans une décision *Beslay* du 16 juillet 2010<sup>1</sup>, par d'exemple, s'il a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité de dispositions du code monétaire et financier aux principes de proportionnalité et de nécessité des peines garantis par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, c'est uniquement dans la mesure où l'« ancêtre législatif » de ces dispositions avait déjà pu être estimé constitutionnel par le Conseil constitutionnel dans une décision précédente<sup>2</sup> ; le Conseil d'État a pris soin, avant de juger que la question n'était donc ni nouvelle ni sérieuse, de viser expressément cette décision. La décision *Beslay* peut donc être lue comme un message envoyé au Conseil constitutionnel aux termes duquel « ce n'est que sous couvert de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dont il entendait dans une configuration comme celle-ci faire expressément application, que le Conseil d'État peut exercer le rôle de juge de la constitutionnalité des lois « en creux » que lui confère par construction, à lui comme à la Cour de cassation, le statut de filtre de la transmission des QPC<sup>3</sup>. »

Ensuite, le Conseil d'État a aussi donné des gages à son voisin quant à la définition des effets dans le temps de ses décisions en matière de QPC, qui, selon trois décisions du 13 mai 2011<sup>4</sup>, reviennent au Conseil constitutionnel et à lui seul, le Conseil d'État s'alignant ainsi strictement sur la décision rendue peu avant par ce dernier qui avait jugé que « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration<sup>5</sup> ».

Enfin, le Conseil d'État a aussi rassuré le Conseil constitutionnel sur l'ordre de réponse aux moyens tirés de l'inconstitutionnalité et de l'inconventionnalité d'un acte : il a précisé que (sans préjudice de ses obligations relatives à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union et à l'adoption de toutes mesures nécessaires pour y donner effet) ce n'est qu'après l'examen des moyens tirés de la décision d'inconstitutionnalité d'un acte prononcée par le Conseil constitutionnel à la suite d'une QPC, et

---

<sup>1</sup> CE, 16 juill. 2010, n° 321056, *Beslay*, inédit ; *AJDA* 2011, p. 375, chron. A. LALLET et X. DOMINO.

<sup>2</sup> Voir A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », art. cité.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> CE, ass., 13 mai 2011, n° 316734, *M<sup>me</sup> M'Rida*, *Rec. CE* p. 211 ; n° 317808, *M<sup>me</sup> Delanoy et M. Verzele*, *Rec. CE* p. 238 ; n° 329290, *M<sup>me</sup> Lazare*, *Rec. CE* p. 235 ; *AJDA* 2011, p. 1136, chron. A. BRETONNEAU, X. DOMINO, art. cité.

<sup>5</sup> Cons. const., décision n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.*

si ceux-ci n'ont pas déjà répondu à toutes les conclusions des requérants, que ceux tirés de l'inconventionnalité de l'acte sont examinés, pour le surplus<sup>1</sup>.

On le voit, la QPC a contribué à réinterroger les positionnements respectifs du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, notamment en matière de contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, mais les solutions dégagées au fil des décisions rendues depuis l'entrée en vigueur du nouveau mécanisme n'ont fait que confirmer le respect réciproque des deux institutions, la « ligne de partage séparant les rôles impartis au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel<sup>2</sup> » étant, dans le cadre de la QPC, éclairée plus finement.

### *ii. Le respect réciproque des attributions du Conseil d'État par le Conseil constitutionnel*

Symétriquement à l'autolimitation du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a lui aussi veillé à donner des gages à son « voisin de palais<sup>3</sup> » en refusant globalement de s'engager dans une forme de contrôle qui le conduirait à se faire juge de la conventionnalité de la loi.

Dans le cadre de l'imbroglio judiciaire d'avril-mai-juin 2010 relatif à la QPC (voir *infra*, section II. A. 1), d'abord, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision *Jeux en ligne* du 12 mai 2010, rappelé aussi clairement que possible, en réponse à la Cour de cassation qui arguait que ce nouveau contrôle vidait potentiellement de sa substance et de son efficacité le contrôle de conventionnalité, qu'au contraire, ce nouveau mécanisme n'affectait en rien la distinction entre les deux contrôles, chacun restant strictement dévolu à son juge classique, ni les moyens dont dispose le juge ordinaire pour assurer la primauté et l'effectivité du droit de l'Union<sup>4</sup>. Depuis, le Conseil constitutionnel a systématiquement réitéré cette autolimitation. Dans une décision du 3 février 2012<sup>5</sup>, par exemple, reprenant en l'explicitant encore davantage le considérant de la décision *Jeux en ligne*, il a rappelé qu'« un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ; que, par suite, *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les traités ou le droit de l'Union européenne ; que l'examen d'un tel grief relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires* ».

---

<sup>1</sup> CE, ass., 13 mai 2011, n° 316734, *M<sup>me</sup> M'Rida*, préc.

<sup>2</sup> H. LABAYLE, R. MEHDI, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », *RFDA* 2016, p. 1003.

<sup>3</sup> Selon la jolie expression de B. GENEVOIS (« Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel : témoignage », in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009).

<sup>4</sup> Cons. constit., décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

<sup>5</sup> Cons. constit., décision n° 2011-217 QPC, 3 févr. 2012, *M. Mohammed Akli B. (Délit d'entrée ou de séjour irrégulier) en France*.

Cette autolimitation a été précisée dans les cas plus complexes d'articulation entre QPC et contrôle de conventionnalité : dans une décision relative à l'adoption au sein d'un couple non marié<sup>1</sup> comme dans la décision *Metro Holding*<sup>2</sup>, le Conseil constitutionnel a encore limité lui-même son office en conditionnant son examen de la constitutionnalité de la différence de traitement résultant de l'inconventionnalité partielle de la loi en cause au constat de cette inconventionnalité par une jurisprudence constante du juge ordinaire et à la portée effective de cette jurisprudence, rappelant ainsi *a contrario* qu'il ne lui appartient pas de se prononcer lui-même sur la conventionnalité de la loi.

Cependant, il faut noter que le Conseil constitutionnel s'est permis certains chevauchements sur les terres du juge ordinaire, apportant autant de tempéraments à sa jurisprudence *IVG*. Il a ainsi décidé, dans le sillage de sa décision *Économie numérique*<sup>3</sup>, qu'il lui revient d'examiner la compatibilité d'une loi de transposition d'une directive communautaire avec ladite directive, contrôle qu'il a effectivement opéré dans sa décision n° 2006-535 du 30 mars 2006 par laquelle il a censuré certaines dispositions de la loi relative au secteur de l'énergie comme manifestement incompatibles avec les objectifs d'ouverture à la concurrence fixés par les directives que la loi était censée transposer<sup>4</sup>. Outre ce cas de chevauchement, quelques années plus tôt, le Conseil constitutionnel s'était également proclamé juge de la compatibilité entre une loi organique adoptée en application de l'article 88-3 de la Constitution et le droit de l'Union européenne (en l'espèce, une directive)<sup>5</sup>. La doctrine autorisée a également interprété la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi organique du 10 décembre 2009, dans laquelle il a paru estimer que la possibilité pour le juge ordinaire de se prononcer sur l'éventuelle inconventionnalité de la loi « après avoir appliqué les dispositions relatives à la questions prioritaire de constitutionnalité » suffisait à assurer la compatibilité du mécanisme avec le droit de l'Union européenne, comme un contrôle implicite de la conventionnalité de ladite loi organique,

---

<sup>1</sup> Cons. const., décision n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *M<sup>mes</sup> Isabelle D. et Isabelle B.*

<sup>2</sup> Cons. const., décision n° 2015-520 QPC, 3 févr. 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash*. Dans cette décision, même si le juge constitutionnel s'était mis en situation de « contrôler au regard du principe d'égalité un régime juridique résultant de la volonté du législateur national et un régime juridique découlant de l'application du droit communautaire » (*Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30), il avait souligné se placer exclusivement sur le terrain constitutionnel.

<sup>3</sup> Cons. const., décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

<sup>4</sup> Cons. const., décision n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, consid. 18.

<sup>5</sup> Cons. const., décision n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'art. 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 déc. 1994*. Sur les deux décisions précitées, voir en part. S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », art. cité, et A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Dalloz, 2007, p. 85.

ouvrant une brèche dans la jurisprudence *IVG*<sup>1</sup>. Certains auteurs ont encore imaginé d'autres virtualités latentes d'empiètement sur les compétences du juge ordinaire en matière de contrôle de conventionnalité par rapport au droit de l'Union européenne<sup>2</sup>.

Ces hypothèses d'interférence, de porosité, restent cependant assez rares, et leur portée est limitée : le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition est limité à la censure des incompatibilités manifestes, si bien qu'il apparaît en réalité comme relativement complémentaire avec celui exercée *a posteriori* par le Conseil d'État ; ce en raison des contraintes de temps qui sont celles du Conseil, mais aussi parce que la censure pour inconstitutionnalité d'une loi transposant purement et simplement une directive revient indirectement à contrôler la constitutionnalité de ladite directive, contrôle dont le Conseil préfère limiter la portée par une sage auto-limitation<sup>3</sup>. À ce jour, comme le soulignait récemment un auteur, ces hypothèses de chevauchement ne semblent avoir entraîné « aucune "catastrophe juridique", aucune incohérence majeure dans le système de protection des droits et libertés constitutionnelles<sup>4</sup> ». Les sphères de compétence respectives du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État restent, malgré tout, clairement définies, sans volonté manifestement hostile d'empiètement de la part de l'une ou l'autre institution.

#### *b) Une autolimitation prudente devant des attributions indéfinies*

Des cas de figure plus délicats dont le contentieux n'était, textuellement ou jurisprudentiellement, attribué à aucune juridiction précise se sont présentés au Conseil d'État sous l'angle du contrôle de conventionnalité et lui ont permis de confirmer, avec une liberté plus grande puisque l'ordre juridique était vierge de toute attribution juridictionnelle, sa vision de l'ordre constitutionnel français. En déclinant sa compétence, ne s'estimant pas autorisé à opérer un contrôle qui ne lui était pas expressément attribué ou qu'il a estimé ne pas lui revenir, le Conseil d'État a d'autant plus démontré son absence de volonté hégémonique, renouant avec la tradition de la jurisprudence des *Semoules*<sup>5</sup> ; mais on peut aussi regretter que, sous prétexte de refus du dévoiement, il ait ainsi créé, ou du moins laissé béantes, des lacunes dans la hiérarchie des normes et le droit au recours juridictionnel.

---

<sup>1</sup> Cons. const., décision n° 2010-595 DC, 3 déc. 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* ; *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28 ; voir aussi D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité, *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 19.

<sup>2</sup> S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », art. cité.

<sup>3</sup> B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA*, juillet-août 2004, p. 651.

<sup>4</sup> S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », art. cité.

<sup>5</sup> CE, sect., 1<sup>er</sup> mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *Rec. CE* p. 149.



*i. Refus du contrôle de conventionnalité « externe »*

La première de ces autolimitations a consisté, par une décision *Allenbach* du 27 octobre 2015<sup>1</sup>, dans le refus de procéder à un contrôle de conventionnalité « externe » des lois (c'est-à-dire de leurs conditions d'adoption) pour se limiter à un contrôle de leur conventionnalité « interne », c'est-à-dire du contenu de leurs dispositions<sup>2</sup>.

À la suite de l'adoption de la loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, qui redéfinissait les frontières des régions françaises et prévoyait que le renouvellement suivant des conseils régionaux se ferait sur cette nouvelle base, des Alsaciens opposés à ce redécoupage, devant l'échec des protestations politiques, avaient eu l'idée de contester le décret de convocation des électeurs, pris en application de l'article L. 357 du code électoral et de ladite loi. Ils invoquaient une inconventionnalité au regard de l'article 5 de la Charte européenne de l'autonomie locale, traité approuvé sans réserve par la France, qui prévoit que « pour toute modification des limites territoriales locales, les collectivités locales concernées doivent être consultées préalablement, éventuellement par voie de référendum là où la loi le permet ».

Le Conseil d'État a écarté le moyen en affirmant, sans plus d'explications, « que si, en vertu des dispositions de l'article 55 de la Constitution, le juge devant lequel un acte administratif est contesté au motif que les dispositions législatives dont il fait application sont contraires à une norme juridique contenue dans un traité ou un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne est habilité à écarter l'application de celle-ci, *il ne peut être utilement saisi d'un moyen tiré de ce que la procédure d'adoption de la loi n'aurait pas été conforme aux stipulations d'un tel traité ou accord* ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que la loi du 16 janvier 2015 fixant la nouvelle délimitation des régions aurait été adoptée en méconnaissance des stipulations de l'article 5 de la Charte européenne de l'autonomie locale imposant la consultation préalable des collectivités locales ne peut qu'être écarté<sup>3</sup> ».

---

<sup>1</sup> CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 27 oct. 2015, n° 393026, *Allenbach et a.*, *Rec. CE* p. 367 ; *AJDA* 2015, p. 2374, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET.

<sup>2</sup> Par une décision du même jour concernant les mêmes faits (CE, 27 oct. 2015, n° 388807, *Fédération démocratique alsacienne*, tables *Rec. CE* p. 526, 543, 590 ; *AJDA* 2015, p. 2374, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET), le Conseil d'État a aussi rejeté la demande d'annulation de l'acte de promulgation de la loi du 16 janvier 2015, conformément à une jurisprudence ancienne. Il n'a cependant pas échappé aux chroniqueurs autorisés que « ce que recherchaient les requérants, c'était en réalité un contrôle de la conventionnalité, voire de la constitutionnalité de la loi à travers cet acte », voie dans laquelle le Conseil d'État, dans sa décision *Fédération nationale de la libre pensée* relative au décret de publication d'un traité (CE, ass., 9 juill. 2010, n° 327663, préc.), avait déjà refusé de s'engager. S'appuyant sur la jurisprudence classique relative aux actes de gouvernement, cette décision confirme donc le refus par le Conseil d'État d'un dévoiement du contrôle de conventionnalité.

<sup>3</sup> CE, 27 oct. 2015, n° 393026, *Allenbach et a.*, préc.

Cette solution laisse un goût d'insatisfaction et n'a pas manqué d'être critiquée sur le plan juridique<sup>1</sup>. D'abord, par son caractère péremptoire, qui ne peut que renforcer les soupçons de décision d'opportunité. Dans la mesure où les collectivités locales n'avaient, de manière incontestable, pas été consultées sur la loi du 16 janvier 2015 ni sur le décret de convocation des électeurs (oubli ou volonté expresse de l'exécutif ?), il était clair, en effet, que, si le moyen était accepté, la loi devrait être écartée et le décret annulé, ce qui n'aurait pas manqué de créer des remous politiques. Il est donc aisé d'imaginer que le Conseil d'État a pu, pour éviter des conséquences indésirables, se sentir obligé de rattraper juridiquement une omission politique<sup>2</sup>. Solution d'autant moins satisfaisante que dans deux autres décisions récentes précédant celle-ci, le Conseil d'État, confronté à une situation similaire de non-respect par une loi d'une obligation procédurale imposée par une convention internationale, avait, dans au moins l'une de ces décisions, pu laisser penser qu'il acceptait de contrôler la conventionnalité externe de la loi<sup>3</sup>. Or l'on peine à discerner entre ces différentes décisions une différence de situation autre que l'inopportunité politique qu'aurait constitué en l'espèce l'annulation du décret de convocation des électeurs.

Surtout, il n'est pas certain, c'est le moins que l'on puisse dire, que l'article 55 implique une distinction entre conventionnalité externe et conventionnalité interne : il n'en dit mot, et ce n'est qu'au prix d'une interprétation assez libre qu'on peut le comprendre comme tel. Les chroniqueurs autorisés, reprenant le raisonnement du rapporteur public, ont essayé de combler le caractère sibyllin de l'arrêt par une argumentation juridique subtile selon laquelle le fondement de la décision reposerait, non uniquement sur l'article 55, mais sur « la définition par la Constitution d'un domaine exclusif pour les règles de procédure législative », qui serait le terrain exclusif de la Constitution, éventuellement complétée par des lois organiques et par les règlements d'assemblée, mais excluant les traités, les lois ordinaires et les règlements, domaine exclusif « qui rejaillit sur la portée de l'article 55 de la Constitution<sup>4</sup> ». Ainsi, parce que l'article 5 de la Charte européenne de

---

<sup>1</sup> G. EVEILLARD, « Les élections régionales ont bien eu lieu... », art. cité ; M. VERPEAUX, « Les délimitations des nouvelles régions : décret, loi, convention et Constitution », *JCP G* 2015, n° 52, 1439, note ; F. MARANI, « Les élections régionales ont bien eu lieu », *JCP A* n° 4, 2016, 2023 ; R. SERMIER, « Le Conseil d'État refuse d'appliquer les dispositions d'un traité international imposant des contraintes procédurales au législateur », *Constitutions* 2015, p. 540.

<sup>2</sup> Voir en ce sens G. EVEILLARD, « Les élections régionales ont bien eu lieu... », art. cité.

<sup>3</sup> CE, 1ère et 6e ss-sect., 2 déc. 2011, n° 333472, *Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC)*, *Rec. CE* p. 602 ; CE, 1ère et 6e ss-sect., 13 févr. 2013, n° 335640, 337195 et 337196, *Fédération des employés et cadres CGT-FO et autres*, tables *Rec. CE* p. 859 (« par ailleurs, et en tout état de cause, les organisations représentatives d'employeurs et de salariés ont été mises en mesure d'exprimer leur avis au cours de la procédure d'élaboration de la loi sur l'ensemble des questions traitées par cette dernière ») ; voir R. SERMIER, « Le Conseil d'État refuse d'appliquer les dispositions d'un traité international imposant des contraintes procédurales au législateur », art. cité.

<sup>4</sup> Chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « De l'art de contester une loi par des voies détournées », *AJDA* 2015, p. 2374. Ce raisonnement est confirmé par les conclusions du rapporteur public : « [...] la Constitution, en fixant les règles applicables à la procédure législative, a entendu régir complètement cette procédure - sous réserve des précisions ap-

l'autonomie sociale aurait empiété sur ce domaine normatif exclusif, il aurait à bon droit été neutralisé par l'inopérance du moyen d'inconventionnalité de la loi.

Cet argumentaire peine cependant à convaincre entièrement, pour plusieurs raisons justement rappelées par les différents commentaires doctrinaux, notamment la comparaison avec le droit de l'Union européenne qui contient un certain nombre d'obligations procédurales que le Conseil d'État ne se prive pas d'appliquer pour écarter des lois qui ne les ont pas respectées<sup>1</sup>. Certes, l'application de ces contraintes par les États membres est autrement mieux garantie que celle des dispositions de la Charte européenne de l'autonomie locale, mais cela ne change rien au fond du problème : si, de manière générale, un traité n'est pas autorisé à définir la procédure législative, pourquoi un traité de l'Union européenne pourrait-il l'être en particulier ? En outre, si l'on admet qu'une disposition conventionnelle ne peut pas *contredire* une disposition constitutionnelle, pourquoi ne pourrait-elle pas y *ajouter* une disposition non contradictoire, comme l'ajout d'une procédure de consultation à la procédure législative classique était le cas en l'espèce ?

En tout état de cause, cette décision est intéressante car elle montre une autolimitation du Conseil d'État devant ce qu'il estime ne ressortir que des attributions du Conseil constitutionnel. Le choix du Conseil d'État peut ainsi être rapproché de celui qu'il avait fait dans la décision *Deprez et Baillard*<sup>2</sup> en se refusant à exercer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et par voie d'exception alors même que la QPC n'existait pas encore. La comparaison s'arrête là, cependant, puisque le Conseil constitutionnel avait précisément jugé, *avant* la décision *Allenbach*, que la QPC ne permet pas un contrôle de la légalité externe de la loi<sup>3</sup>, sauf dans l'hypothèse où cette méconnaissance de la procédure législative porterait atteinte à un droit ou une liberté garantis par la Constitution<sup>4</sup> (solution dont on comprend l'opportunité mais qui est regrettable du point de vue démocratique). En outre, on a rappelé que dans l'arrêt *Arcelor*<sup>5</sup> (du moins si l'on se fonde sur les conclusions du rapporteur public), le Conseil d'État avait précisément pris appui sur l'existence d'un angle mort juridictionnel pour s'autoriser à contrôler la constitutionnalité d'un acte réglementaire de transposition (voir *supra*, sec-

---

portées par la loi organique ou les règlements des assemblées. Les dispositions constitutionnelles, par leur objet même, nous paraissent donc exclure qu'un traité puisse par lui-même ajouter à la procédure législative. Autrement dit, si la règle de conflit de normes posée par l'article 55 de la Constitution fait prévaloir le contenu d'un traité sur celui d'une loi, et vous habilite à écarter la loi lorsqu'elle n'est pas compatible avec le traité, elle ne vous permet pas d'écarter la Constitution elle-même, qui régit entièrement la procédure d'adoption de la loi » (concl. V. DAUMAS, citées par A.-V. MADEIRA, « Le maniement délicat de la primauté constitutionnelle à travers le contrôle de conventionalité de la loi : les apports de la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Droit Administratif* n° 4, avr. 2017, ét. 7.

<sup>1</sup> R. SERMIER, « Le Conseil d'État refuse d'appliquer les dispositions d'un traité international imposant des contraintes procédurales au législateur », art. cité.

<sup>2</sup> Préc.

<sup>3</sup> Cons. const., 22 juill. 2010, décision n° 2010-4/17 QPC, *M. Alain C. et a.*, consid. 7.

<sup>4</sup> Cons. const., 18 juin 2010, décision n° 2010-5 QPC, *SNC Kimberley Clarck*, consid. 3.

<sup>5</sup> Préc.

tion I. A. 1. a) i). Le raisonnement inverse a été suivi ici par le Conseil d'État : si la conventionnalité externe de la loi n'a pas été contrôlée lors du contrôle de constitutionnalité *a priori*, point de rattrapage possible. Le retrait du Conseil d'État ouvre ainsi une faille regrettable dans le contrôle des normes, reposant qui plus est sur une argumentation juridique incertaine, à contre-courant de l'extension progressive de son contrôle, de l'audace dont il sait faire preuve à l'égard du contenu même de la loi (voir Partie II, *infra*), et, de manière générale, du mouvement de recul des zones de non-contrôle juridictionnel<sup>1</sup>.

La décision est également intéressante en ce qu'elle montre bien le processus de construction du droit à partir de constructions parfois fortement empreintes d'opportunité, voire de considérations politiques, et les limites de l'interprétation des décisions de jurisprudence. Quoi qu'il en dise<sup>2</sup>, il arrive plus souvent qu'il y paraît que le Conseil d'État tranche en fonction de considérations politiques (au sens large, non au sens de politique partisane), adoptant alors, comme dans l'arrêt *Allenbach*, une solution d'opportunité soutenue par un raisonnement laconique qu'il revient ensuite à la doctrine de tenter d'expliquer par des détours parfois alambiqués, en reconstituant *a posteriori* une vision de l'ordre juridique que le Conseil d'État aurait prétendument voulu défendre. Mais rien de nouveau sous le soleil : comme le disait déjà Hobbes, « ce n'est pas la vérité, c'est l'autorité qui fait la loi<sup>3</sup> ».

## *ii. Refus du contrôle des conflits entre organes constitutionnels*

Un autre exemple instructif de refus de faire jouer le contrôle de conventionnalité a consisté dans le déni aux collectivités locales du droit de se prévaloir des dispositions des conventions internationales lorsque, en substance, l'État agit envers elles dans le cadre d'une mission régaliennne, au moyen de prérogatives de puissance publique (par exemple en leur imposant

---

<sup>1</sup> G. EVEILLARD, art. cité ; voir aussi B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, p. 372-374. Cette lacune pourrait aboutir à des situations sans issue. Imaginons par exemple qu'une loi organique prévoit l'exact contraire de l'article 5 de la Charte européenne de l'autonomie locale, sans pour autant être l'application pure et simple de la Constitution. En application de la jurisprudence *Blanc et autres*, une telle loi, non protégée par l'écran constitutionnel, devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité à l'aune de l'article 5 de la Charte européenne mais simultanément, si l'on applique strictement le considérant de principe de l'arrêt *Allenbach*, ne pas l'être. Ce qui aboutirait au résultat absurde d'une double paralysie de l'article 5 de la Charte et de son contraire ! L'hypothèse d'une telle loi est évidemment hautement improbable, mais l'exemple montre que les angles morts juridictionnels peuvent mener à des contradictions.

<sup>2</sup> Le discours officiel étant, d'après les propres termes du vice-président du Conseil d'État, que celui-ci « veille à la qualité, la complétude et la pédagogie de la motivation de ses décisions. [...] Pour y parvenir, il s'attache particulièrement à "rendre compte" de ses choix qui doivent être clairs, explicites et justifiés, de telle sorte que son approche et la perspective dans laquelle elle s'inscrit puissent être pleinement comprises par les juristes et, au-delà, le corps social et faire l'objet, en dernier lieu, de leur adhésion » (intervention de J.-M. SAUVÉ à la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg le 9 déc. 2014, <http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-une-cour-supreme-administrative>) (cité par R. SERMIER, « Le Conseil d'État refuse d'appliquer les dispositions d'un traité international imposant des contraintes procédurales au législateur », art. cité).

<sup>3</sup> HOBBS, *Léviathan*, trad. G. MAIRET, chap. XXVI, « Des lois civiles », Paris, Gallimard (coll. « Folio Essais »), 2000.

des contraintes financières)<sup>1</sup>, contrairement aux situations où n'est pas en jeu l'exercice d'une telle mission<sup>2</sup>.

Comme l'a souligné la doctrine, ce positionnement illustre le refus du Conseil d'État « de devenir, sous le couvert d'un contrôle de conventionnalité, le juge des conflits constitutionnels entre l'État et les personnes publiques secondaires<sup>3</sup> » et donc le refus d'une instrumentalisation à la fois du contrôle de conventionnalité et de la Convention européenne des droits de l'homme au service de « chicaneries entre collectivités publiques<sup>4</sup> ». Il s'inscrit aussi dans le principe classique du droit public français de l'unité de l'État, et son corollaire, l'indivisibilité de la République<sup>5</sup>. Le Conseil d'État, encore une fois, utilise donc le contrôle de conventionnalité pour promouvoir une certaine vision (qui est en l'espèce tout ce qu'il y a de plus conforme à la tradition) de l'ordre juridique français.

## 2. Dans l'ordre supranational

Sur le plan des sphères de compétence respectives, c'est aussi dans ses rapports avec les juridictions européennes que le Conseil d'État a dû se positionner, et surtout avec la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, ex-CJCE), seule juridiction supranationale à bénéficier de procédures de renvoi obligatoires de la part des États membres de l'Union européenne<sup>6</sup> : aux termes de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), toute juridiction d'un État membre peut interroger la CJUE, par voie de question préjudicielle, sur la validité ou l'interprétation d'un acte de droit de l'Union européenne, cette faculté étant une obligation pour les juridictions suprêmes, le juge les habilitant toutefois, depuis l'arrêt *CILFIT* de 1982<sup>7</sup> et en application du principe de subsidiarité, à ne pas opérer de renvoi lorsque l'interprétation du texte ne laisse place à aucun doute raisonnable.

Point n'est besoin de trop s'étendre sur cette question qui n'a rien de nouveau, si ce n'est pour rappeler que l'entière acceptation de cette sphère

---

<sup>1</sup> CE, sect., 29 janv. 2003, n° 247909, *Cne d'Annecy*, *Rec. CE*, p. 4, concl. L. VALLÉE ; CE, sect., 29 janv. 2003, n° 248894, *Cne de Champagne-sur-Seine*, *Rec. CE*, p. 17 ; CE, 23 mai 2007, n° 288378, *Dpt des Landes*, tables du *Rec. CE* p. 709 ; CE, 19 nov. 2008, n° 312095, *Cté urbaine de Strasbourg*, tables du *Rec. CE*, tables, p. 621.

<sup>2</sup> CE, 23 oct. 2013, n° 351610, *Dpt du Var*, tables *Rec. CE* p. 460, 836, 886 ; *AJDA* 2014, 362, note G. EVEILLARD.

<sup>3</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les personnes publiques et la Convention européenne des droits de l'homme : un peu, beaucoup, pas du tout ? », *AJDA* 2008 p. 1036.

<sup>4</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.* p. 555.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 269 et p. 555 (« c'est le caractère unitaire de la République française qui explique techniquement que des collectivités infra-étatiques ne puissent pas faire valoir un droit fondamental pour échapper à des obligations nationales ou à la répartition des financements publics décidée souverainement par le législateur. »)

<sup>6</sup> À la différence de la CEDH qui ne bénéficie pas d'un tel privilège, et face à laquelle la question du positionnement du Conseil d'État ne se pose donc que matériellement, dans la réception de sa jurisprudence – voir *infra*, 0.

<sup>7</sup> CJCE, 6 oct. 1982, aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministère de la santé*.

de compétence exclusive de la CJUE par le Conseil d'État n'a pas été une évidence, le Conseil d'État étant passé de la réticence affichée – le monopole de la CJUE sur l'interprétation du droit de l'Union européenne étant vécu comme la dépossession d'une forme de souveraineté juridictionnelle – à l'entente cordiale puis au dialogue pleinement consenti avec son homologue de Luxembourg. Dans le cadre du contrôle de conventionnalité, cette évolution s'est traduite par une conception d'abord extensive – voire emprunte de mauvaise foi – de la théorie de l'acte clair qui permettait au Conseil d'État de ne pas renvoyer des questions préjudicielles<sup>1</sup>, mais aussi par une stricte limitation de la portée de l'interprétation par la Cour de Luxembourg aux questions posées – tout élément de réponse de la Cour excédant les limites de la question posée par le juge nationale étant laissé de côté<sup>2</sup> – et à l'étendue de la chose jugée<sup>3</sup>.

Ces temps sont révolus. Il ne fait plus de doute aujourd'hui que le principe du renvoi préjudiciel est parfaitement intégré par les juges du Palais Royal, qui n'hésitent plus à renvoyer des questions préjudicielles à la Cour de Luxembourg, et qui ont abandonné les jurisprudences qui en limitaient la portée<sup>4</sup> ; en un mot, la confiance mutuelle règne. Les conclusions conformes sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux*<sup>5</sup> donnent une illustration parmi d'autres de cette conversion : moins d'un an après l'arrêt *Arcelor* dans lequel le Conseil d'État avait déjà fait un choix clair de coopération en renvoyant à la CJUE une question préjudicielle relative à la conformité d'une directive au droit communautaire primaire, le rapporteur public y montre

---

<sup>1</sup> CE, ass., 19 juin 64, *Société des pétroles Shell-Berre*, Rec. CE p. 344 ; 27 juillet 1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux consommés à l'eau*, Rec. CE p. 335 ; 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, Rec. CE p. 874 ; la théorie de l'acte clair était dans son principe validée par l'arrêt *CILFIT* (préc.), à la condition que « la question soulevée soit matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans un espèce analogue » ou que « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ».

<sup>2</sup> CE, sect., 26 juill. 1985, *ONIC*, Rec. CE p. 233.

<sup>3</sup> CE, 13 juin 1986, *ONIC c. Société des produits de maïs*, RTD eur. 1986. 533 concl. J.-C. BONICHOT.

<sup>4</sup> En témoignent par exemple les conclusions sous l'arrêt *Arcelor* (Rec. CE 2007, p. 55), où Mattias Guyomar rappelle cette évolution : « [...] Toute divergence avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière risquerait d'être perçue, à tort ou raison, comme une position de défiance envers le juge communautaire. Ce serait d'autant plus dommageable que vos relations avec la Cour de justice sont aujourd'hui apaisées - votre jurisprudence est en parfaite harmonie avec les arrêts *CILFIT* du 6 octobre 1982 et *FOTO-FROST* du 22 octobre 1987- et que vous n'hésitez pas à conférer leur pleine portée aux procédures institutionnalisées de coopération comme en témoigne votre récente décision *Société De Groot en Slot Allium B. V. et autre* (Assemblée, 11 décembre 2006) par laquelle, abandonnant votre décision *ONIC* (Section 26 juillet 1985 p. 233), vous avez jugé "qu'alors même qu'elle ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, l'interprétation du traité et des actes communautaires que la Cour était compétente pour donner en vertu du a et du b de l'article 234 du TCE s'impose au Conseil d'État" ».

<sup>5</sup> M. GUYOMAR, « Les rapports entre droit communautaire, droit de la Convention européenne et droit interne. À propos du secret professionnel des avocats », RFDA 2008, p. 575, concl. sur CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845, Rec. CE p. 129.

bien que la formation de jugement pouvait de nouveau choisir entre deux options juridiquement défendables : celle de l'autosuffisance qui l'aurait conduite à régler le conflit de normes dans le seul cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et du principe de subsidiarité qui s'y applique (en s'alignant sur la jurisprudence *Bosphorus*<sup>1</sup> de la CEDH), ou celle de la coopération qui l'amenait au contraire à résoudre ce conflit dans le cadre du système communautaire, de l'article 267 (ex-article 234 du Traité instituant la Communauté européenne) et de la jurisprudence *Foto-Frost*<sup>2</sup>, qui réserve à la CJUE une compétence exclusive pour constater l'invalidité d'un acte communautaire : c'est de nouveau la voie de la coopération qui a été recommandée – et suivie (du moins dans son principe – voir *infra*, section II. B. 1. a)).

La théorie de l'acte clair n'a pas pour autant disparu, le Conseil d'État la réactivant à l'occasion sous le forme de la théorie de l'interprétation conforme, mais en prenant alors bien soin de justifier ce choix. C'est encore l'arrêt *Conseil national des Barreaux* qui l'a le mieux montré récemment<sup>3</sup>. Même si, comme on vient de le rappeler, le Conseil d'État y a clairement choisi de s'inscrire, comme dans l'arrêt *Arcelor*, dans le cadre de la coopération avec la CJUE, il a considéré qu'en l'espèce, il était en mesure de constater lui-même la conventionnalité de l'acte communautaire en cause, sans avoir besoin de renvoyer la question à la Cour, et a déduit de la non-contrariété d'une directive au regard l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (jugée par la CJUE en 2007 sur renvoi préjudiciel d'une juridiction belge<sup>4</sup>) la non-contrariété de cette même directive au regard de l'article 8 de la Convention ; mais – et c'est toute la différence avec la jurisprudence *Shell-Berre* – pour justifier sa décision, le Conseil d'État a pris soin de transposer explicitement certains éléments que la Cour de Luxembourg avait dégagés dans son arrêt de 2007 et de démontrer que son interprétation de la directive en cause était conforme à celle dégagée par les motifs de cet arrêt (ainsi qu'à l'interprétation dégagée par l'avocat général dans cet arrêt de 2007 et au dispositif général institué par la directive<sup>5</sup>). Les conclusions avaient par ailleurs pris garde de bien souligner la différence entre la technique de l'interprétation conforme (recommandée, et suivie par

---

<sup>1</sup> CEDH, Gr. Ch., 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus Airways c. Irlande*.

<sup>2</sup> CJCE, 22 oct. 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*.

<sup>3</sup> Voir J.-M. SAUVÉ, ouverture du colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », Conseil d'État, 10 avril 2015 : « Combinant les techniques de l'interprétation conforme et de "l'acte clair", le juge national veille en outre à l'harmonie des garanties offertes par le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'Homme, comme l'a illustré d'une manière remarquable l'affaire Conseil national des barreaux ».

([http://www.conseil-Etat.fr/content/download/41650/360518/version/1/file/20150410\\_CE\\_Cass%20souverainete%20et%20droit%20international.pdf](http://www.conseil-Etat.fr/content/download/41650/360518/version/1/file/20150410_CE_Cass%20souverainete%20et%20droit%20international.pdf))

<sup>4</sup> CJCE, Gr. Ch., 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres*.

<sup>5</sup> Point souligné dans les conclusions (préc.).

la formation de jugement) et celle de la réserve d'interprétation qui aurait au contraire conduit le Conseil d'État à « empiéter sur la compétence exclusive de la Cour de justice pour déclarer un acte communautaire invalide<sup>1</sup> », distinction destinée à éviter toute confusion et à rassurer la formation de jugement quant au fait qu'en employant la première technique, elle n'excéderait pas son office et s'inscrirait bien « dans le cadre d'une coopération loyale<sup>2</sup> ».

L'arrêt *Arcelor* et l'arrêt *Conseil national des Barreaux* ont tous deux été critiqués, le premier au motif que le Conseil d'État aurait capitulé devant le juge communautaire, le second au motif qu'il aurait fait preuve de trop d'audace interprétative et aurait dû renvoyer à la Cour une question de conformité qui, *stricto sensu*, était nouvelle. Ces critiques contiennent toutes une part de vérité ; elles montrent en tous cas que, derrière les discours officiels des différentes juridictions et les proclamations de dialogue, sont à l'œuvre des tensions certaines (même si elles prennent des formes plus apaisées et plus discrètes que par le passé) entre ordres nationaux et ordres extra- ou supranationaux. En ce qui concerne le Conseil d'État, sans prétendre pouvoir dire de manière certaine s'il est ou non exagérément soumis à ses homologues européens (débat en vérité impossible à trancher), on ne peut du moins nier qu'il est parvenu à adopter un positionnement plus « adulte » à l'égard des compétences réservées de la CJUE.

La suite jurisprudentielle *Inter-environnement Wallonie / Association France Nature environnement*<sup>3</sup>, relative à la possibilité pour le juge national de moduler dans le temps les effets de sa jurisprudence lorsqu'est en jeu le maintien dans l'ordre interne d'une disposition contraire au droit de l'Union, en offre une illustration plus récente, et montre bien ce mélange de respect des compétences procédurales de la CJUE, maintenant parfaitement acquis, mais aussi d'initiative, qui caractérise désormais la relation du Conseil d'État avec son homologue luxembourgeois.

Dans un arrêt *Inter-environnement Wallonie* rendu en 2012<sup>4</sup>, la CJUE avait jugé qu'en principe, l'effectivité du droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'une juridiction nationale puisse moduler dans le temps les effets d'une décision de jurisprudence ayant pour effet de maintenir dans l'ordre juridique interne un acte contraire au droit de l'Union, limitant ainsi

---

<sup>1</sup> Concl. sur CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, préc.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Sur cette série de décisions, voir E. MULLER, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - Le juge national est-il compétent pour moduler dans le temps une annulation prononcée pour méconnaissance du droit de l'Union ? », *RTD eur.* 2015, p. 856 ; S. PLATON, « Chronique de jurisprudence de droit administratif européen (année 2015) », *Droit Administratif* n° 12, déc. 2016, 4 ; M. CLÉMENDOT, « Limites apportées au pouvoir de modulation du juge national », *Droit Administratif* n° 2, fév. 2017, comm. 6 ; F. TESSON, « Modulation des effets de l'annulation partielle du décret relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement », *JCP A* n° 27, 6 juill. 2015, act. 605.

<sup>4</sup> CJUE, Gr. Ch., 28 février 2012, aff. C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL et Terre wallonne ASBL contre Région wallonne*.



strictement les pouvoirs du juge national dès lors que sont en cause des dispositions jugées contraires au droit de l'Union européenne.

Peu après, saisi par l'association France Nature environnement d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement, dont l'illégalité était alléguée au regard de dispositions de la directive 2001/42<sup>1</sup>, le Conseil d'État a fait droit au moyen et reconnu l'illégalité du décret. L'annulation du décret revenait donc à supprimer de l'ordre juridique interne des dispositions contraires au droit de l'Union européenne, et toute modulation dans le temps de cette annulation aurait eu l'effet inverse de maintenir dans l'ordre interne de telles dispositions contraires, en contrariété avec la jurisprudence *Inter-environnement Wallonie*. Pourtant, estimant en l'espèce qu'une annulation immédiate aurait de graves conséquences et qu'il fallait laisser le temps aux pouvoirs publics de prendre les dispositions nécessaires pour organiser un système adéquat d'autorités administratives chargées de l'évaluation environnementale, le Conseil d'État a décidé de réinterroger la CJUE, par le biais de questions préjudicielles, sur son pouvoir de modulation des effets de l'annulation d'un acte conduisant à laisser en vigueur des dispositions contraires au droit de l'Union<sup>2</sup>.

La CJUE, par un arrêt du 28 juillet 2016<sup>3</sup>, a reconnu la possibilité au juge national, « lorsque le droit interne le permet, exceptionnellement et au cas par cas, [de] limiter dans le temps certains effets d'une déclaration d'illégalité d'une disposition du droit national qui a été adoptée en méconnaissance des obligations prévues par la directive 2001/42 (...) à la condition qu'une telle limitation s'impose par une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement et compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire dont elle est saisie », cette possibilité étant soumise à d'autres conditions énoncées par l'arrêt et étant dans certains cas soumise à l'obligation de poser une question préjudicielle. Ainsi, malgré cet encadrement strict, la Cour de justice a répondu de manière positive au Conseil d'État. À peine quelques mois plus tard, le Conseil d'État a fait application de cette possibilité, en renvoyant en l'espèce aux juges du fond la charge d'apprécier, lorsqu'elles seront saisies d'un plan ou programme pris sur le fondement du décret illégal et ayant une incidence sur l'environnement, si les conditions sont effectivement remplies pour différer l'annulation du plan ou programme<sup>4</sup>.

Cet exemple est intéressant car il montre bien le positionnement du Conseil d'État par rapport à la CJUE : la jurisprudence *Inter-environnement Wallonie* étant claire et récente, il ne pouvait sans s'opposer frontalement à

---

<sup>1</sup> Relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.

<sup>2</sup> CE, 26 juin 2015, n° 360212, *Association France Nature Environnement*, mentionné aux tables du *Rec. CE*, *AJDA* 2015, p. 1293.

<sup>3</sup> CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-379/15, *Association France Nature Environnement c. Premier min., Min. de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*.

<sup>4</sup> CE, 3 nov. 2016, n° 360212, *Association France Nature Environnement*.

la Cour prendre l'initiative de moduler dans le temps les effets de l'annulation du décret. Il a donc montré un entier respect des attributions de la Cour en la saisissant de questions préjudicielles, lui laissant ainsi toute liberté pour décider de changer ou non sa position. Pourtant, d'un autre côté, le Conseil d'État s'estimait sans doute suffisamment responsable pour, dans la lignée de sa jurisprudence *AC !*<sup>1</sup>, juger lui-même de l'opportunité de moduler dans le temps les effets d'une annulation. La saisine même de la Cour de justice, plutôt qu'un alignement pur et simple sur la jurisprudence *Inter-environnement Wallonie*, montre donc aussi, derrière l'apparence de politesse, la fermeté du Conseil d'État, dont la formulation très circonstanciée des conséquences de l'annulation dans l'arrêt du 26 juin 2015 (notamment des effets limités et temporaires en termes d'hétérogénéité dans l'application du droit de l'Union européenne) et le caractère assez suggestif des questions préjudicielles<sup>2</sup> dénotent une certaine pression exercée sur la Cour de justice. C'est sans doute parce que le Conseil d'État avait par le passé donné suffisamment de gages de respect à la CJUE qu'il s'est estimé dans cette espèce légitime à faire ainsi preuve d'audace et de fermeté dans le dialogue, en ré-interrogeant la Cour sur une jurisprudence pourtant claire, et susceptible d'être entendue. Et de fait, cette stratégie s'est révélée gagnante.

Ainsi, si, en termes de sphères de compétence respectives, les relations entre le Conseil d'État et la CJUE se sont largement pacifiées, elles n'empêchent pas l'existence d'un certain rapport de forces, le Conseil d'État trouvant, le cas échéant, des moyens respectueux mais assumés de faire connaître ses désaccords. Comme le dit le Pr. Simon, « le Conseil d'État a progressivement consolidé son respect de la primauté du droit de l'Union et son usage judiciaire du renvoi préjudiciel », passant de la figure de « l'interlocuteur zélé », puis de l'« interlocuteur autonome » à celle de l'« interlocuteur proactif<sup>3</sup> », pratiquant, en matière de renvoi préjudiciel, un « dialogue des juges décomplexé<sup>4</sup> ».

Il faut enfin noter, de même que dans les relations entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, que la confiance affichée envers la CJUE s'est accompagnée réciproquement d'une confiance symétrique de la

---

<sup>1</sup> CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC ! et a.*, *Rec. CE* p. 197.

<sup>2</sup> Les questions étaient les suivantes : « Une juridiction nationale, juge de droit commun du droit de l'Union européenne, doit-elle, dans tous les cas, saisir la CJUE à titre préjudiciel afin que celle-ci apprécie s'il y a lieu de maintenir provisoirement en vigueur les dispositions jugées contraires au droit de l'Union par la juridiction nationale ? » ; « En cas de réponse affirmative à cette première question, la décision qui pourrait être prise par le Conseil d'État de maintenir jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2016 les effets des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement qu'il juge illégales serait-elle notamment justifiée par une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement ? »

<sup>3</sup> D. SIMON, « *Ad majorem juris gloriam* : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 24 février 2017 », *Europe* n° 5, mai 2017, repère 5, citant G. ODINET et S. ROUSSEL, *Chronique de jurisprudence du Conseil d'État* : *AJDA* 2017, p. 740 *sq.* Voir, pour une décision emblématique de ce positionnement encore plus récente, CE, ass., 24 févr. 2017, n° 391000, *G.C., A.F., B.H., E.D.*

<sup>4</sup> G. ODINET, S. ROUSSEL, « Renvoi préjudiciel : le dialogue des juges décomplexé », *AJDA* 2017, p. 740 (chron. sous CE, ass., 24 févr. 2017, n° 391000).

Cour de justice envers les juges du Palais Royal<sup>1</sup>, comme le montre l'arrêt de la CJUE précité du 28 juillet 2016, ou encore, dans l'affaire qui a déchaîné la chronique en 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de la QPC, l'arrêt du 22 juin 2010 par lequel la Cour de justice a, en réponse directe à l'interprétation conciliante de la QPC suggérée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, accepté de reconnaître la compatibilité de ce mécanisme avec les exigences du droit de l'Union européenne (voir *infra*, section II. A. 1). Il est certain qu'en la matière, le positionnement des institutions est, pour partie, affaire de gages réciproques.

### *B. En-deçà du contrôle de conventionnalité : l'extension*

Le Conseil d'État ne s'est pas contenté de révérencieusement admettre les sphères de compétence de ses pairs. S'il a accepté de faire jouer le principe d'exclusivité, c'est parce que, corrélativement, il a étendu progressivement les limites du contrôle de conventionnalité, ou plutôt dessiné ces frontières qui n'étaient qu'esquissées en 1989, à l'image de ces dessins d'enfant qui apparaissent à mesure que les points sont reliés les uns aux autres.

Il n'est pas question ici de rappeler l'ensemble des étapes ayant conduit à un contrôle de conventionnalité aujourd'hui quasi-complet, mais plutôt de dresser un bref tableau général en mettant l'accent sur les décisions les plus récentes, qui démontrent que le mouvement n'est pas encore tout à fait achevé et que le Conseil d'État continue d'utiliser le contrôle de conventionnalité comme un moyen d'accroître son périmètre d'action, en parallèle des décisions où il décline sa compétence au profit d'autres institutions. Il ne faudrait pas en conclure hâtivement que le juge administratif serait allé arracher de haute lutte à ses pairs certains territoires inhabités. En réalité, la majorité des cas de figure ajoutés au tableau de chasse du Conseil d'État depuis 1989 ne posaient aucune question sérieuse sous l'angle de la répartition des attributions. Le Conseil d'État est plutôt allé investir complètement des terres jusque-là inexplorées mais qui lui appartenaient « naturellement », qui constituaient la suite logique et inéluctable du principe du contrôle de conventionnalité lorsqu'il est appliqué aux normes contrôlées par le juge administratif.

Mais dans un paysage institutionnel où la dualité de juridiction n'est jamais définitivement acquise, le contrôle de conventionnalité, avec toutes les possibilités de déploiement qu'il recelait, même s'il n'a d'abord été accepté que timidement, a pu rapidement apparaître au Conseil d'État comme une aubaine lui permettant de solidifier tout un pan de ses compétences et de

---

<sup>1</sup> La conciliation s'arrête cependant là où commence l'exigence de primauté du droit de l'Union. Les arrêts *Filipiak* (CJUE, 19 nov. 2009, C-314/08) et *Winner Wetten GmbH* (CJUE, Gr. Ch., 8 sept. 2010, C-409/06 ; *Europe*, n° 12, déc. 2010, comm. 397, obs. D. SIMON) ont montré que la Cour de justice, si elle reconnaît explicitement l'autonomie des contrôles de constitutionnalité des juges nationaux, ne fait pas pour autant de concession de fond : la limitation dans le temps que les cours constitutionnelles peuvent être amenées à prononcer, comme ce fut le cas en Allemagne dans l'affaire *Winner Wetten*, « ne saurait faire obstacle à ce qu'une juridiction nationale qui constaterait que cette même réglementation méconnaît des dispositions d'effet direct du droit de l'Union [...] décide, conformément au principe de primauté du droit de l'Union, de ne pas appliquer ladite réglementation dans le cadre du litige dont elle est saisie. » (*Filipiak*).

renforcer d'autant son positionnement dans l'ordre constitutionnel. Les décisions les plus récentes le confirment. Rappelons en outre qu'au sein même de son pré carré, le juge judiciaire n'est jamais à l'abri des convoitises du juge judiciaire et doit toujours faire preuve de vigilance en ce qui concerne les matières qui dépassent le noyau dur constitutionnel de ses attributions<sup>1</sup>.

Pour déployer dans toute son ampleur les potentialités du contrôle de conventionnalité, le Conseil d'État a emprunté trois voies complémentaires : une extension des normes de référence (1.), des normes contrôlées (2.) et des procédures dans lesquelles le contrôle de conventionnalité s'applique (3.). En outre, nous verrons plus loin que c'est non seulement en termes de procédure, de compétence, mais aussi quant au fond, que le contrôle de conventionnalité a récemment fait l'objet d'un approfondissement remarquable (voir *infra*, Partie II).

### **1. Extension des normes de référence**

C'est d'abord le « bloc de conventionnalité » qui a fait l'objet d'une extension.

Le cheminement du Conseil d'État est bien connu : après avoir accepté de contrôler la prévalence d'un traité communautaire sur une loi interne (*Nicolo*), il a étendu la règle à l'ensemble des actes du droit de l'Union européenne : règlements communautaires<sup>2</sup> et directives communautaires, passé leur délai de transposition<sup>3</sup>, et, plus récemment, aux principes généraux du droit communautaire<sup>4</sup>.

Le Conseil d'État a par ailleurs reconnu la prévalence sur les lois de toute convention internationale d'effet direct, au premier rang desquelles la Convention européenne des droits de l'homme<sup>5</sup>. Sous la pression de la CEDH<sup>6</sup>, le Conseil d'État a d'ailleurs fini par revenir sur la règle selon laquelle seul le Ministère des affaires étrangères était compétent pour contrô-

---

<sup>1</sup> Encore récemment, en 2011, en matière de contrôle de conventionnalité *lato sensu* (c'est-à-dire de contrôle de légalité d'un acte administratif par rapport à une convention internationale), le juge judiciaire a tenté d'empiéter sur les compétences de son homologue administratif en se fondant sur l'article 55 de la Constitution et sur le principe de primauté du droit communautaire. Le Tribunal des conflits est venu fermement rappeler que l'article 55 de la Constitution ne prescrit ni n'implique de dérogation au principe de la compétence administrative lorsqu'est en cause la légalité d'une disposition réglementaire « alors même que la contestation porterait sur la compatibilité d'une telle disposition avec les engagements internationaux » (TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chêneau*, n° 3828 et 3829, *Rec. CE*, p. 698 ; note B. SEILLER et A. ROBLOT-TROIZIER, *RFDA* 2011, p. 1122). L'article 55 est à tout le monde, si l'on peut dire.

<sup>2</sup> CE, 24 sept. 1990, n° 58657, *Boisdet*, *Rec. CE*, p. 251.

<sup>3</sup> CE, ass., 28 févr. 1992, n° 56776, *SA Rothmans International France* et *SA Philip Morris France*, *Rec. CE*, p. 80.

<sup>4</sup> CE, 3 déc. 2001, n° 226514, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *Rec. CE*, p. 624.

<sup>5</sup> CE, ass., 21 déc. 1990, n° 105743, *Fédération nationale des associations catholiques et autres*, *Rec. CE*, p. 368.

<sup>6</sup> CEDH, 13 févr. 2003, n° 49636/99, *Chevol c. France*.

ler la condition de réciprocité d'un traité et par se saisir lui-même de cette vérification<sup>1</sup>.

En revanche, restent exclus du bloc de conventionnalité les conventions auxquelles l'effet direct est dénié (le Conseil d'État en ayant récemment précisé les critères<sup>2</sup>) et le droit international non-écrit, c'est-à-dire la coutume internationale<sup>3</sup> et les principes généraux du droit international<sup>4</sup>, qui ne sont appliqués en France qu'en l'absence de loi contraire.

Chaque étape de cette évolution ayant déjà été abondamment commentée, on ajoutera simplement deux remarques. La première, pour observer que dans chacune de ces extensions, le Conseil d'État a suivi, ou parfois précédé, la Cour de cassation : le duo *Jacques Vabre*<sup>5</sup> - *Nicolo* est le plus connu, mais chacune des normes de référence incluses dans le bloc de conventionnalité administratif a aussi son pendant dans la jurisprudence judiciaire<sup>6</sup>. L'aiguillon judiciaire ou administratif, selon le cas, et le risque toujours présent de concurrence ont sans doute joué dans l'extension du périmètre du contrôle, ce qui n'est qu'une illustration de plus du mouvement général de convergence de la jurisprudence des deux ordres de juridiction.

La seconde, en forme de regret, devant le fait que, malgré la clarification des critères de l'effet direct, la porte semble toujours assez hermétiquement fermée à l'invocation d'un certain nombre de conventions internationales, notamment en matière de droits de l'homme, dont les stipulations ne sont pourtant pas beaucoup moins claires que celles de la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple<sup>7</sup>. Si l'on peut comprendre les raisons d'opportunité qui guident ce refus (notamment la volonté de ne pas surcharger davantage les prétoires déjà pleins et d'éviter d'ajouter à la déjà grande complexité des réseaux de normes applicables), on ne peut, encore

---

<sup>1</sup> CE, ass., 9 juill. 2010, n° 317747, *Chériet-Benseghir*, *Rec. CE*, p. 251.

<sup>2</sup> CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, n° 322326, *Rec. CE* 2012, p. 142. L'effet direct résulte du cumul de deux conditions : la stipulation en cause ne doit pas avoir pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne doit requérir l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers.

<sup>3</sup> CE, ass., 6 juin 1997, n° 148863, *Aquarone*, *Rec. CE*, p. 206.

<sup>4</sup> CE, 28 juill. 2000, n° 178834, *Paulin*, *Rec. CE*, p. 317.

<sup>5</sup> Cass., ch. Mixte, 24 mai 1975, n° 73-13556, *Société des cafés Jacques Vabre*, *Bull. civ.* n° 4, p. 6.

<sup>6</sup> Voir pour les règlements communautaires : Cass. com., 27 février 1996, n° 94-15.164, *Bull.* 1996, IV, n° 61, p. 48 ; pour les directives : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2004, n° 03-10.636, *Bull.* 2004, I, n° 280, p. 235 ; pour les principes généraux du droit communautaire : Cass. com., 30 nov. 1999, n° 97-16869 ou Cass. com. 18 avril 2000, n° 98-10250 ; et généralement pour la jurisprudence de la CJUE : Cass. com., 23 novembre 1993, n° 91-18.792, *Bull.* 1993, IV, n° 423, p. 306 ; Cass. com., 13 janvier 1998, n° 96-12.285 ; Cass. com., 6 juin 2001, n° 99-19.380. Et pour un aperçu général, *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Rapport annuel 2006, La Documentation française.

<sup>7</sup> Par exemple la Charte sociale européenne. Sur cette question, voir S. EL BOUDOUHI, « Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », *RFDA* 2014, p. 371.

une fois, que regarder avec une certaine circonspection (au moins du point de vue de la rigueur intellectuelle) l'habillage juridique d'un choix politique.

## 2. Extension des normes et des matières contrôlées

Au plan des normes contrôlées, le tableau du contrôle de conventionnalité a également été complété, guidé par un principe simple : rien que les lois, mais toutes les lois<sup>1</sup>.

À ce titre, ont été considérées comme soumises au contrôle de conventionnalité les lois de validation<sup>2</sup> (ce qui ne posait pas de difficulté quant au fait que ce sont des lois mais a créé toute une discussion relative à l'articulation matérielle entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité – voir *infra*, Partie II, section I. B.), les ordonnances ratifiées<sup>3</sup> et les lois organiques à condition qu'elles ne soient pas une application mécanique et inconditionnelle de dispositions constitutionnelles (auquel cas elles sont protégées par l'« écran constitutionnel<sup>4</sup> »), hypothèse dans laquelle elles sont ramenées à leur statut de simples lois, malgré leur « aura de constitutionnalité<sup>5</sup> » (voir *supra*, section I. A. 1. a) i.).

Là encore, cette extension du contrôle de conventionnalité à toute forme de loi a été également le fait de la Cour de cassation<sup>6</sup>.

Le tableau, cependant, n'est pas encore complet. Le Conseil d'État n'a, par exemple, pas encore eu l'occasion d'examiner l'hypothèse des lois du pays de la Nouvelle-Calédonie, même si un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris peut laisser supposer que le contrôle de leur conventionnalité serait accepté<sup>7</sup>. Les lois référendaires n'ont pas non plus donné lieu à une jurisprudence explicite à ce jour et la réponse semble incertaine : certains auteurs considèrent qu'elles sont, comme toute autre loi, susceptibles d'être soumises au contrôle de conventionnalité<sup>8</sup> ; d'autres estiment au con-

---

<sup>1</sup> Nous laissons ici de côté les normes d'une valeur inférieure aux lois, qui peuvent certes être annulées pour contrariété à des normes internationales, mais sous l'angle du simple contrôle de légalité et non du contrôle de conventionnalité *stricto sensu*.

<sup>2</sup> CE, ass., 5 décembre 1997, n° 140032, *M<sup>me</sup> Lambert*, *Rec. CE*, p. 460 ; CE, avis, ass., 27 mai 2005, n° 277975, *Provin*, *Rec. CE*, p. 212.

<sup>3</sup> T. confl., 19 mars 2007, n° 3622, *Samzun*, *Rec. CE*, p. 592.

<sup>4</sup> CE, 6 avril 2016, *Blanc et a.*, préc.

<sup>5</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Elle a beau être organique, elle n'en est pas moins loi », art. cité, nbp 11.

<sup>6</sup> Voir par ex. pour les lois organiques, l'arrêt *Fraisse* (Cass., ass. plén., 6 juin 2003, n° 01-87.092, 03-80.734, *Bull. crim.* n° 2) où était en cause une loi organique qui reprenait en substance les dispositions de valeur constitutionnelle relatives au corps électoral restreint ; la Cour de cassation avait jugé que cette loi ayant valeur constitutionnelle, il ne lui appartenait pas d'en juger la conformité par rapport aux engagements internationaux de la France.

<sup>7</sup> CAA Paris, 19 févr. 2016, n° 14PA03507-14PA03917, *Albiero et Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie*, cité par G. EVEILLARD, « L'absence de droit des administrés à obtenir la sanction d'un agent public », art. cité.

<sup>8</sup> Par ex. M. GAUTIER, F. MELLERAY, « Sources internationales et hiérarchies des normes », *fasc. J.-Cl. adm.*, avril 2013, n° 20, citant notamment les conclusions de C. MAUGÜÉ sur l'arrêt *Sarran et Levacher*, qui affirment que « les lois référendaires ordinaires sont soumises au contrôle de conventionnalité » (*RFDA* 1998, p. 1081).

traire que, trouvant directement leur origine dans la volonté du constituant primaire, elles devraient y échapper<sup>1</sup>. Le cas échéant, les mesures de nature législative adoptées sous l'égide de l'article 16 pourraient également donner lieu un jour à un contrôle de conventionnalité ; rien, dans cette hypothèse, ne devrait s'y opposer<sup>2</sup>.

Il est intéressant d'observer qu'indépendamment des normes, le contrôle de conventionnalité a aussi conduit à étendre le champ des *matières* soumises au filtre des normes européennes. Le juge national, en effet, lorsqu'il intègre en droit interne, de gré ou de force, les notions autonomes construites par le juge européen, élargit automatiquement le champ d'application des droits garantis par la convention, et donc celui de son contrôle sur le droit interne<sup>3</sup>. Lorsqu'il admet, par exemple, suivant l'exemple de la CEDH, qu'une pension constitue un bien au sens de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (article 1P1), il doit en tirer la conséquence que le refus de revaloriser cette pension est incompatible avec l'article 14 de la Convention EDH qui interdit les discriminations, et donc écarter la loi qui avait instauré une telle discrimination<sup>4</sup>. De la même manière, l'alignement du Conseil d'État sur la jurisprudence de la CEDH qui inclut la matière fiscale dans le champ d'application de l'article 1P1 le conduit, par application combinée de l'article 14 de la Convention EDH, à écarter une loi fiscale qui serait à l'origine de discriminations injustifiées<sup>5</sup>. Autrement dit, « l'effet horizontal reconnu à l'article 14 ouvre le contentieux de l'impôt au contrôle de conventionnalité<sup>6</sup> ».

### 3. Extension des bénéficiaires du contrôle de conventionnalité et des procédures où le contrôle s'applique

La dernière extension formelle notable concerne les bénéficiaires du contrôle de conventionnalité et les procédures dans le cadre desquelles il peut être invoqué.

---

<sup>1</sup> Par ex. F. HAMON, « *Vox imperatoris, vox populi ?* Réflexions sur la place du référendum dans un État de droit », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 389 ; G. EVEILLARD, « L'absence de droit des administrés à obtenir la sanction d'un agent public », art. cité.

<sup>2</sup> En ce sens, G. EVEILLARD, « L'absence de droit des administrés à obtenir la sanction d'un agent public », art. cité. En matière d'hypothétiques ordonnances référendaires, une telle solution serait conforme à la solution de l'arrêt *Canal* (CE, ass., 19 oct. 1962, *Canal*, *Rec. CE*, p. 552), et en ce qui concerne d'éventuelles mesures à caractère législatif, elle paraîtrait également justifiée compte tenu du fait que l'instauration du contrôle de conventionnalité a fondamentalement changé la donne par rapport à l'hypothèse de l'arrêt *Rubin de Servens* (CE, ass., 2 mars 1962, *Rec. CE*, p. 143).

<sup>3</sup> F. SUDRE, « A propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », art. cité.

<sup>4</sup> Voir par exemple CE, ass., 30 nov. 2001, n° 212179, *Min. de la défense c. M. Diop*, *Min. de l'économie, des finances et de l'industrie c. M. Diop*, *Rec. CE* p. 605.

<sup>5</sup> CE, avis, ass., 12 avril 2002, n° 239693, *SA Financière Labeyrie*, *Rec. CE* p. 137.

<sup>6</sup> F. SUDRE, « A propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », art. cité.

En termes de bénéficiaires, on a vu que le Conseil d'État refusait d'ouvrir le contrôle de constitutionnalité aux personnes publiques lorsque sont en jeu des questions de mission régaliennne de l'État (voir section I. A. 1. b) ii, *supra*), mais qu'*a contrario*, il accepte en principe qu'elles puissent bénéficier du contrôle de conventionnalité, notamment au regard de la Convention EDH lorsque ne sont pas en jeu de telles missions, et ce, alors même que les personnes publiques sont exclues du droit de recours individuel auprès de la CEDH, selon la jurisprudence européenne<sup>1</sup>.

En termes de procédures, le contrôle de conventionnalité est utilisé aussi bien dans le cadre de recours pour excès de pouvoir que de recours de plein contentieux. En revanche, il était jusqu'à peu interdit au juge des référés d'examiner la compatibilité d'une loi avec une convention internationale. Le Conseil d'État considérait en effet, depuis une décision *Carminati* rendue en 2002<sup>2</sup>, que l'inconventionnalité de la loi ne pouvait être invoquée devant le juge des référés, celui-ci étant, du fait de son office, un juge de l'évidence et l'opération d'écarter une loi n'étant pas considérée comme telle. Cette jurisprudence, bien que confirmée par plusieurs décisions et même étendue au champ du référé-liberté par une décision *Allouache*<sup>3</sup>, avait été fortement affaiblie par l'exclusion de deux hypothèses : d'une part, celle où un juge de plein office avait déjà constaté l'incompatibilité de la loi en question avec le traité invoqué, d'autre part celle où était invoquée une disposition du droit de l'Union européenne<sup>4</sup>. En outre, la jurisprudence était aussi ignorée par le Conseil d'État de manière *ad hoc* lorsqu'étaient en cause des enjeux qu'il estimait trop importants, par exemple dans l'affaire *Lambert*<sup>5</sup>. « [E]trange survivance d'écran législatif » selon la formule de Ronny Abraham<sup>6</sup>, réduite à la portion congrue (du moins dans ses fondements théoriques) par les exceptions précitées, et fortement critiquée tant par la doctrine qu'au sein du Conseil d'État, la solution a fini, sans grande surprise – et sans grands regrets – par être abandonnée en matière de référé-liberté à l'occasion de la décision *Gomez* du 31 mai 2016<sup>7</sup>, le principe d'interdiction du contrôle de conventionnalité en référé-liberté étant renversé de manière générale, mais l'incompatibilité de la loi à la convention internationale devant (au moins en théorie) être manifeste : « Eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier

---

<sup>1</sup> CEDH, 23 nov. 1999, n° 45129/98, *Section de commune d'Antilly c/ France*.

<sup>2</sup> CE, 30 déc. 2002, n° 240430, *Min. Aménagement du territoire et Environnement c/ Carminati*, *Rec. CE* p. 51.

<sup>3</sup> CE, 9 déc. 2005, n° 287777, *Mme Allouache et autres*, *Rec. CE* p. 562.

<sup>4</sup> CE, 16 juin 2010, n° 340250, *Mme Diakité*, *Rec. CE* p. 205.

<sup>5</sup> CE, ass., 24 juin 2014, n° 375081, 375090 et 375091, *Mme Lambert et autres*, *Rec. CE* p. 31. Voir aussi CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009, *Domenjoud*, *Rec. CE* p. 437.

<sup>6</sup> R. ABRAHAM, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur du président Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 1.

<sup>7</sup> Préc.



aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en œuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements ». Pour reprendre une autre formule de Ronny Abraham, cet abandon concrétise enfin « le croisement des deux grands changements de 1989 (arrêt *Nicolo*) et de l'an 2000 (le référé)<sup>1</sup> ». On peut s'en réjouir, car il était étrange, précisément vu l'office du juge des référés libertés, que celui-ci se trouve plus limité que le juge du fond dans les moyens de limiter les atteintes aux droits et libertés.

Au vu des conclusions du rapporteur public et comme le soulignent les différents commentaires de la décision *Gomez*<sup>2</sup>, il ne fait guère de doute que la portée de cet abandon s'étendra également aux autres procédures de référé.

En matière de procédures, on peut donc supposer dès aujourd'hui que le contrôle de conventionnalité est désormais appliqué de manière complète.

\*

L'on voit ainsi que le contrôle de conventionnalité a permis au Conseil d'État de réaffirmer sa vision des attributions respectives des différents acteurs juridictionnels, en interne comme en externe, par un double mouvement d'autolimitation et d'extension. Ce positionnement du Conseil d'État a surtout été empreint d'une sage autolimitation, et tel a clairement été le discours officiel accompagnant la jurisprudence du Conseil d'État, même si, comme on l'on a vu, des enjeux stratégiques n'étaient certainement pas absents de cette politique jurisprudentielle.

---

<sup>1</sup> R. ABRAHAM, « L'application des traités internationaux et l'office du juge des référés administratifs », art. cité.

<sup>2</sup> Voir par ex. P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, p 754, ou M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *Gaz. Pal.*, n° 28, 2016, p. 29.

## **II. Le contrôle de conventionnalité, un outil en faveur de l'articulation des procédures et des normes**

Des champs assez largement séparés, des juridictions différentes, tout cela explique que les risques de rencontre et éventuellement de conflits entre constitutionnalité et conventionnalité restent, tout de même, relativement limités. Relativement limités mais pas totalement absents<sup>1</sup>.

Comme le remarque Bernard Stirn, le positionnement du Conseil d'État vis-à-vis de ses pairs ne se joue pas simplement de manière statique, dans la définition des sphères de compétence de chaque juridiction. C'est aussi dans la dynamique des actions contentieuses que le Conseil d'État, juge de la conventionnalité des lois, juge du filtre des questions préjudicielles à la CJUE, juge du filtre dans le cadre de la QPC, a dû choisir de se positionner. La tâche n'était pas facile car les requérants, sachant repérer et exploiter les moindres failles du système juridique, ont de plus en plus fait intervenir simultanément plusieurs procédures ou invoqué des normes relevant de différents ordres juridiques dans le cadre de la même action, soumettant le contrôle de conventionnalité à des torsions toujours plus grandes.

Pourtant, le mot d'ordre qui semble avoir guidé le Conseil d'État dans la résolution de ces cas complexes semble avoir été la conciliation. Que ce soit dans l'articulation des procédures (A.) ou dans l'articulation des normes (B.), le Conseil d'État s'est résolument posé comme un acteur zélé de la coordination entre les juridictions et entre les ordres juridiques, évitant le conflit autant que possible, refusant l'instrumentalisation, s'efforçant de combiner plutôt que de choisir. Comme le plaidait avec optimisme Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux*<sup>2</sup>, « l'imbrication des ordres juridiques communautaire et conventionnel constitue le nouvel horizon des juridictions européennes [...] comme des juridictions nationales. À ceux qui craignent que la multiplication des sources et la pluralité des juges chargés de les appliquer soit un facteur d'insécurité juridique, nous répondons qu'il s'agit là d'un enrichissement de l'État de droit, qui ne craint rien tant que le monopole - celui d'un système juridique qui confine à la sclérose comme celui d'un juge qui tend vers l'arbitraire. Mais ce système normatif en éclosion implique une solide organisation : à la convergence ou la complémentarité des ordres juridiques doit répondre la coopération entre les juridictions. Rien ne serait pire, dans ce contexte, qu'une instrumentalisation de votre juridiction aux fins d'opposer deux ordres juridiques qu'il faut au contraire s'efforcer de combiner entre eux<sup>3</sup>. » Dans le jeu de ces articulations, cependant, nous verrons, comme en matière de sphères d'attribution respectives, que les rapports de force ne sont jamais totalement absents.

---

<sup>1</sup> B. STIRN, « L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ? », 2015, *Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 5, p. 21.

<sup>2</sup> Préc.

<sup>3</sup> *Ibid.*

### A. L'articulation des procédures

Avant l'instauration de la QPC, l'articulation entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité se posait surtout en termes d'empiètement matériel : nous avons vu que la doctrine s'était principalement préoccupée de ce que, aucun recours en inconstitutionnalité n'existant *a posteriori*, les requérants utilisaient le contrôle de conventionnalité pour voir reconnaître des violations des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme qui étaient en réalité substantiellement similaires à ceux protégés par la Constitution ; le contentieux des droits fondamentaux était ainsi, à défaut de mécanisme national, « européanisé ». La création de la QPC par la réforme constitutionnelle de 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009 a tari ces critiques, mais elle a déplacé le problème vers l'articulation procédurale entre les deux contrôles, en particulier lorsqu'est en jeu une question préjudicielle devant être posée à la CJUE. Chacun sait, en effet, que la loi organique du 10 décembre 2009 a précisé que la question préjudicielle de constitutionnalité n'était pas seulement préalable, mais *prioritaire*, précision ajoutée par le législateur afin de « faire échec aux stratégies dilatoires<sup>1</sup> » qui auraient pu vider la réforme de sa substance et de donner son plein effet au « souci du constituant de remettre la Constitution au premier rang de l'édifice normatif<sup>2</sup> ». S'est alors posée, dès la première demande de QPC, la question de l'articulation entre ce recours prioritaire, d'une part, et d'autre part le recours préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité que les juridictions suprêmes sont tenues d'exercer auprès de la CJUE, lui aussi soumis à des exigences de primauté et d'effectivité, et auquel, on l'a vu, le Conseil d'État avait fini par se convertir pleinement : le contrôle de constitutionnalité risquait-il de diminuer l'utilité du contrôle de conventionnalité, d'en affecter les caractéristiques essentielles, et donc d'affaiblir le rôle et le positionnement des juges ordinaires ?

Or, devant ce genre d'articulation délicate, le Conseil d'État a choisi la voie de la conciliation. Une série d'arrêts importants, jusqu'à très récemment, lui ont permis de préciser peu à peu la manière dont il résout les conflits de procédures et réussit à combiner les différents types de contrôle de manière globalement harmonieuse (1.). Ces différents arrêts montrent un positionnement habile du Conseil d'État, sachant exploiter finement son rôle de bon élève et d'orchestrateur arrangeant jouant à fond le dialogue des juges, mais sans oublier pour autant ses propres intérêts (2.).

---

<sup>1</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », in *Justices et droit du procès. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 545.

<sup>2</sup> B. STIRN, « L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ? », art. cité. Le secrétaire général du Conseil constitutionnel avait indiqué qu'il s'agissait d'éviter que le nouveau dispositif ne débouchât sur « une nouvelle hiérarchie des normes, avec au sommet le droit communautaire, puis le droit constitutionnel, puis le reste du droit » ; le Président de la République avait quant à lui franchement parlé de « renationalisation » du contentieux des droits fondamentaux (voir D. SIMON, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Rev. critique de droit international privé*, 2011, p. 1).

## 1. Complexes articulations

### *i. Principe*

Le principe de l'articulation entre contrôle de conventionnalité, QPC et renvois préjudiciels a été défini à peine quelques semaines après l'entrée en vigueur de la QPC. Le « psychodrame<sup>1</sup> » d'avril-mai 2010 a donné au Conseil d'État l'occasion rêvée pour affirmer haut et fort son engagement dans la conciliation entre les différents ordres juridiques, donner ainsi des gages à la CJUE, renforcer la bonne entente avec le Conseil constitutionnel et paraître un élève d'autant plus modèle et conciliant que la Cour de cassation était rétive et rigide.

Rappelons-en brièvement les grandes lignes : par un arrêt du 16 avril 2010 (*Melki et Abdeli*<sup>2</sup>), la Cour de cassation a, à l'occasion de la première QPC qui lui était soumise, et au terme d'un raisonnement critiqué<sup>3</sup>, considéré que le mécanisme même de la QPC risquait de priver les juridictions nationales de leur faculté de saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel, comme elles en ont l'obligation au titre de l'article 267 du TFUE, et a donc, sans saisir le Conseil constitutionnel, renvoyé à la Cour de justice une question préjudicielle pour lui demander de statuer sur la conformité au droit de l'Union européenne de la loi organique du 10 décembre 2009. Le Conseil constitutionnel a très rapidement réagi : par une décision rendue moins d'un mois plus tard<sup>4</sup> (décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Jeux en ligne*<sup>5</sup>), il a solennellement rappelé que, contrairement à l'interprétation qui fondait le raisonnement de la Cour de cassation<sup>6</sup>, le contrôle de constitutionnalité qu'il exerce et le contrôle de conventionnalité dévolu aux juges ordinaires étaient toujours parfaitement distincts et autonomes, les décisions du Conseil constitutionnel – y compris en matière de contrôle *a posteriori* – n'ayant d'autorité qu'en ce qui concerne la constitutionnalité des lois. Il a en outre rappelé qu'il appartient aux juges administratifs et judiciaires de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher qu'une disposition incompa-

---

<sup>1</sup> La métaphore théâtrale a été abondamment filée : M. GAUTIER, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *Dr. adm.* n° 10, 2010, étude 19 ; D. SIMON, A. RIGAUX, « Drôle de drame. La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n° 5, mai 2010. Voir aussi la métaphore guerrière rapportée par D. SIMON (« Conventionnalité et constitutionnalité », art. cité) ou par D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », art. cité.

<sup>2</sup> Cass., 16 avr. 2010, n° 10-40.001 et 10-40.002.

<sup>3</sup> Voir par exemple G. CARCASSONNE et N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010 ; D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité », art. cité.

<sup>4</sup> C'est-à-dire, comme le remarquent des chroniqueurs, « à une vitesse qui, pour le juriste, confine à la fulgurance » (A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », art. cité)

<sup>5</sup> Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, préc.

<sup>6</sup> Selon laquelle l'article 88-1 aurait pour effet de donner aux dispositions du droit communautaire une valeur constitutionnelle, ce qui transformerait le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, en juge de la conventionnalité.

tible avec le droit de l'Union européenne produise des effets, et que la QPC ne privait aucunement le juge de son pouvoir de poser une question préjudicielle à la CJUE, y compris lorsqu'il transmet une QPC. Deux jours plus tard, le Conseil d'État s'est également « invité dans le débat préjudiciel<sup>1</sup> » pour emboîter le pas du Conseil constitutionnel en adoptant la même interprétation constructive et non conflictuelle de la QPC :

Considérant [...] que, d'une part, [les] dispositions [relatives à la saisine du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité] ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne<sup>2</sup>.

La Cour de justice, entendant l'interprétation constructive suggérée par les deux ailes du Palais Royal, admit un mois plus tard (CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*<sup>3</sup>) que, tant que les juridictions nationales restent libres de saisir la Cour de justice à tout moment de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire pour assurer la protection des droits tirés du droit de l'Union européenne et enfin de laisser inappliquées, même au terme de la procédure de QPC, les dispositions qu'elles jugent contraires au droit de l'Union européenne, le dispositif de la QPC n'est pas incompatible avec le droit de l'Union. Enfin, dernier épisode, malgré cette invitation à adopter une interprétation conforme de la loi organique, la Cour de cassation s'obstina dans son refus d'articuler contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et refusa de poser une QPC au Conseil constitutionnel<sup>4</sup>.

Ainsi, le schéma de base résultant de la décision de la Cour de justice, qui a prévalu par la suite en dépit de l'arrêt de la Cour de cassation, repose sur un équilibre entre une priorité de principe du contrôle de constitutionnalité et une priorité « si nécessaire » du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Équilibre satisfaisant en théorie, mais dont la solidité n'a pas tardé à être mise à l'épreuve.

## ii. Raffinements

Ce schéma de base d'articulation entre la QPC et le contrôle de conventionnalité portait virtuellement en lui des complexités supplémentaires qui n'ont pas manqué de survenir. À complexités supplémentaires, raffinements

---

<sup>1</sup> B. STIRN, « L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ? », art. cité.

<sup>2</sup> CE, 14 mai 2010, n° 312305, *Rujovic*, *Rec. CE* p. 165.

<sup>3</sup> CJUE (Gr. Ch.), aff. C-188/10, *Aziz Melki*, et C-189/10, *Sélim Abdeli*.

<sup>4</sup> Cass., ass. plén., 29 juin 2010, n° 10-40.001, *Melki et Abdeli*.

supplémentaires : dans une série de décisions récentes, le Conseil d'État a eu l'occasion de faire de nouveau la preuve de sa volonté de concilier des procédures *a priori* inconciliables et d'user de toute la créativité possible pour trouver des solutions aux problèmes d'articulation les plus complexes, tout en respectant les attributions et les jurisprudences respectives de ses pairs. Comme l'admettent eux-mêmes les différents commentateurs, la jurisprudence atteint là des subtilités difficilement accessibles au commun des mortels<sup>1</sup>.

Dans l'affaire *Metro Holding*<sup>2</sup>, tout d'abord, le Conseil d'État a jugé que la loi française organisant le régime fiscal des sociétés mères était, en ce qui concerne la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, incompatible avec les objectifs de la directive « mère-fille » ; mais, confronté à l'impossibilité d'appliquer une interprétation conforme au droit de l'Union aux situations purement internes<sup>3</sup>, il n'a pu que constater une différence de traitement entre les situations mettant en cause des sociétés mères françaises et celles mettant en cause des sociétés mères d'autres États membres (une discrimination à rebours), donc admettre le caractère sérieux d'une QPC tirée d'une violation du principe d'égalité et renvoyer la question au Conseil constitutionnel ; celui-ci a alors censuré la loi. En l'espèce, la première étape du raisonnement, c'est-à-dire l'incompatibilité de la loi française (en tant qu'elle concernait la mise en œuvre du droit de l'Union) avec les objectifs de la directive « mère-fille », était claire.

Or « ce qui devait arriver arriva<sup>4</sup> », c'est-à-dire une situation dans laquelle l'incompatibilité de la loi française avec le droit de l'Union, qui conditionnait la suite du raisonnement et le caractère sérieux d'une QPC, n'était pas évidente. Telle fut la configuration de l'arrêt *Jacob*<sup>5</sup>, concernant également la matière fiscale. L'interprétation du droit de l'Union, dont dépendait la conventionnalité de la loi française et par ricochet le caractère sérieux de la QPC, devait donc, en application de l'article 267 du TFUE, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Le Conseil d'État devait par conséquent déterminer lequel du renvoi au Conseil constitutionnel et à la Cour de justice était prioritaire, les deux renvois étant interdépendants. Il devait ainsi concilier les attributions respectives de ces juridictions, leurs prétentions concurrentes et contradictoires à la priorité, les contraintes de

---

<sup>1</sup> Par ex. L. DUTHELLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « QPC et question préjudicielle : la logique et ses impasses », *AJDA* 2016, p. 1392, *in fine*, ou H. LABAYLE, R. MEHDI, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », art. cité.

<sup>2</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 12 nov. 2015, n° 367256, mentionné aux tables du *Rec. CE* ; Cons. constit., 3 févr. 2016, décision n° 2015-520 QPC, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash*.

<sup>3</sup> En vertu du principe : « texte unique, interprétation unique », selon la formule du président Olivier Fouquet dégagée à l'occasion du précédent arrêt *SARL Méditerranée automobiles* (CE, 17 juin 2011, n° 324392, *Rec. CE* p. 301) et utilisée dans l'arrêt *Technicolor* (CE, 15 déc. 2014, n° 380942, *Rec. CE* p. 387). Dans l'arrêt *Metro Holding*, la clarté du texte relatif aux situations internes interdisait une telle interprétation neutralisante.

<sup>4</sup> L. DUTHELLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « QPC et question préjudicielle : la logique et ses impasses », art. cité.

<sup>5</sup> Préc.

délai propres à la QPC et un souci minimum d'équité envers les requérants qui imposait de ne pas leur faire indument supporter les inconvénients des difficultés d'articulation procédurale inhérents au système juridique<sup>1</sup>. Confronté à plusieurs possibilités, privilégiant soit l'ordre logique soit l'ordre chronologique, également valables mais présentant toutes des inconvénients<sup>2</sup>, le Conseil d'État a choisi de rejeter la QPC en l'état, de poser des questions préjudicielles à la CJUE pour déterminer si la loi française était ou non inconstitutionnelle, et de préciser à l'adresse du requérant que si, à la suite de la réponse de la Cour de justice, il présentait à nouveau la QPC invoquée, il ne serait pas fait obstacle à son réexamen. C'est donc au prix d'un certain artifice que le Conseil d'État est parvenu à ménager le caractère prioritaire de la QPC et l'exigence de renvoi à la Cour de justice, puisque la question prioritaire de constitutionnalité reste certes prioritaire dans la logique du raisonnement, mais non dans le déroulé chronologique des procédures<sup>3</sup>. Mais à vrai dire, on ne saurait de bonne foi en faire reproche au Conseil d'État, tant il est difficile de concevoir une solution qui aurait mieux surmonté les différents inconvénients que la situation posait.

La solution a été confirmée par deux arrêts de juin 2016<sup>4</sup>, *AFEP* et *Apsis*, ce dernier ayant encore raffiné l'articulation : d'une part, parce que le Conseil d'État n'y intervenait qu'en tant que juge du filtre et non également en tant que juge du fond – la question se posait donc de savoir si dans ce cas, il disposait du pouvoir de poser une question préjudicielle à la Cour de justice ; fort opportunément, les juges ont pu se référer aux questions préjudicielles posées le même jour dans l'arrêt *AFEP*, éludant ainsi une question qui, soyons-en sûrs, ne manquera pas de se reposer à l'avenir ; d'autre part, parce que le Conseil d'État n'était pas saisi uniquement d'un moyen d'inconstitutionnalité dépendant de la réponse de la CJUE, mais aussi d'un autre moyen d'inconstitutionnalité qui n'en dépendait pas – mais là aussi, les « hasards » du calendrier procédural ont permis aux juges d'utiliser un autre arrêt du même jour pour poser les mêmes questions au Conseil constitutionnel, éludant la question d'une simultanéité frontale entre QPC et renvoi préjudiciel. On le voit, la saga n'est certainement pas achevée : l'avenir réserve sans doute au Conseil d'État de beaux exercices d'ingénierie<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Même si la lucidité invite à ne pas plaindre exagérément les requérants, fort bien conseillés, qui, dans un jeu de chat et de la souris avec l'administration fiscale, n'hésitent pas à instrumentaliser les moindres failles du système, en particulier procédurales, pour faire valoir leurs intérêts, et sont donc tout autant à l'origine (ou du moins co-auteurs) de ces difficultés d'articulation qu'ils n'en sont les victimes.

<sup>2</sup> Possibilités clairement exposées par les chroniqueurs du Conseil d'État : L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « QPC et question préjudicielle : la logique et ses impasses », art. cité.

<sup>3</sup> En ce sens : V. BARBÉ, « L'enchevêtrement des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité », *AJDA* 2016, p. 2444, et H. LABAYLE, R. MEHDI, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », art. cité, pour qui le caractère prioritaire de la QPC n'est plus qu'une « approximation sémantique démentie par les faits ».

<sup>4</sup> CE, 27 juin 2016, n° 399024, *Association française des entreprises privées et autres (AFEP)*, et n° 398385, *Société Apsis*, *Rec. CE* p. 230.

<sup>5</sup> Pour corser encore un peu plus les difficultés et ajouter un peu de piquant au dialogue des juges, on pourrait par exemple imaginer une situation mettant en jeu, en plus de

## 2. Attitude du Conseil d'État

Que faut-il retenir de l'attitude du Conseil d'État dans toutes ces décisions, qui dessinent une toile d'araignée de plus en plus complexe (bien qu'ordonnée) autour du contrôle de conventionnalité dans ses articulations avec les attributions procédurales des autres juridictions ? Nous résumerions notre sentiment en deux mots : zèle et stratégie.

Zèle dans la coopération, d'abord : il est incontestable que le Conseil d'État a fait, dans chacune de ces décisions, la preuve de sa volonté de coopérer aussi bien avec Luxembourg qu'avec la rue de Montpensier plutôt que de se replier mesquinement sur ses propres compétences. Ni arqué sur la souveraineté française, ni servile et démissionnaire face aux juridictions européennes, le Conseil d'État a manifestement pris à cœur de dépasser ce qu'exigeait strictement sa tâche de juge de la conventionnalité pour s'efforcer de trouver la solution conciliant le mieux possible son office avec les attributions de ses pairs. Certes, on ne s'attendait pas à moins de sa part ; mais il aurait pu, sans qu'on puisse lui reprocher un quelconque déni de justice, soit s'arrêter à des solutions plus paresseuses, soit ne pas dépasser les affrontements apparents et renvoyer dos à dos les juridictions (comme la Cour de cassation le fit en 2010 dans l'arrêt *Melki et Abdeli*). Au contraire, confronté à des situations de plus en plus complexes, il a su trouver des solutions aussi rigoureuses juridiquement que souples et ingénieuses. Le Conseil d'État confirme ainsi, arrêt après arrêt, sa place d'interlocuteur de confiance aussi bien du Conseil constitutionnel que de la CJUE<sup>1</sup>.

Stratégie, d'autre part, car le Conseil d'État a su sagement exploiter ce rôle de bon élève, déjà démontré avec force en 2007 et 2008 dans les décisions *Arcelor* et *Conseil national des Barreaux*, pour renforcer son positionnement institutionnel et son crédit, notamment auprès de la juridiction communautaire. Il faut bien voir en effet que le positionnement dans ce type d'affaires a un enjeu politique réel, aussi bien dans l'ordre interne (les réactions politiques à l'attitude de la Cour de cassation<sup>2</sup>, pour disproportionnées

---

l'articulation procédurale avec la CJUE et le Conseil constitutionnel, la dualité de juridiction...

<sup>1</sup> H. LABAYLE, R. MEHDI, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », art. cité : le « considérant de principe [de la décision *Jacob*] confirme, et ce n'est pas le moins important, le degré de confiance désormais établi entre les différents protagonistes. »

<sup>2</sup> Le premier président de la Cour de cassation dénonçait en 2010 « une campagne sans précédent, orchestrée par certains », avant de préciser que « dès les premières semaines d'entrée en vigueur de la loi, cette campagne s'est poursuivie, dans la presse et sur les ondes, par une série d'articles de commande d'une rare virulence. Accumulant approximations, mauvaise foi et désinformation dans le seul but de jeter le discrédit sur la Cour, on a laissé accroire qu'elle avait décidé de faire échec à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 » (cité par D. SIMON, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », art. cité). À titre d'exemple, on peut citer le cavalier législatif qu'un sénateur avait introduit dans la loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, supprimant la formation spéciale présidée par le premier président appelée par l'ordonnance organique à statuer sur les questions prioritaires de constitutionnalité, au motif de la charge de travail excessive qui pesait sur lui ! (Article 12 de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution (JORF 23 juillet 2010)).



qu'elles aient pu être<sup>1</sup>, ont montré que les juridictions ne sont pas si isolées et indépendantes qu'elles peuvent le paraître et n'ont pas intérêt à se mettre à dos l'ensemble de la classe juridico-politique) que dans le cadre des relations avec les juridictions européennes : il est certain que plus une juridiction nationale se montre conciliante, souple, encline à reconnaître la primauté et les attributions de ses pairs supranationaux, plus ces derniers seront réciproquement enclins à considérer les solutions proposées par les juridictions nationales de manière positive plutôt qu'à les casser sèchement, ou à écouter d'une oreille attentive des questions préjudicielles contestant des jurisprudences établies<sup>2</sup>. Le positionnement du Conseil d'État peut donc tout autant être lu comme l'expression d'une conviction profonde des juges que comme un moyen d'influencer la construction du droit de l'Union. En l'espèce, il est difficile, pour ne pas dire impossible, tant cela relève de la psychologie ou de la sociologie juridictionnelle, de savoir si, oui ou non, l'adoption d'un tel positionnement par le Conseil d'État s'inscrit dans une volonté de rapport de forces, encore moins s'il s'agit d'une politique concertée ou – comme cela est plus probable – d'une ligne de conduite dégagée progressivement et plus ou moins consciemment au fil des espèces<sup>3</sup>. Les commentateurs les plus enthousiastes nient toute volonté de puissance, justifiant l'attitude du Conseil d'État comme « s'impos[ant] à l'évidence dès lors que l'on se situe dans une logique de combinaison des systèmes plutôt que de hiérarchisation normative, de rapports de systèmes et non de rapports de force<sup>4</sup>. » Il est pourtant permis de penser, sans dénier aucunement ni la qualité des jugements rendus au Palais Royal, ni la foi sincère dans la nécessité et les bienfaits de la coopération qui anime certainement les conseillers d'État, ni, pour une large part, la réalité de ces bienfaits, que tout cela s'accompagne tout de même d'une certaine habileté et de certaines arrière-pensées.

---

<sup>1</sup> Voir D. SIMON, « Conventio[n]nalité et constitutionnalité », art. cité.

<sup>2</sup> À titre d'exemple, outre la série jurisprudentielle *Inter-environnement Wallonie / Association France Nature environnement* déjà mentionnée (voir *supra*, section 0. 0. 0), voir aussi F. TARLET, G. LÉONARD, « Mutations génétiques et juridiques autour de la décision *Arce-lor* », *AJDA* 2017, p. 288, qui montre que le Conseil d'État a récemment posé à la CJUE une question préjudicielle dont elle sait certainement qu'elle n'est pas conforme à des solutions constantes de la Cour de justice ; en posant néanmoins la question, le Conseil d'État invite probablement la Cour à revenir sur ces jurisprudences. Sans préjudice de la réponse que donnera la CJUE en l'espèce, il est clair que dans ce genre de situations, le crédit de « bon élève » gagné par le Conseil d'État depuis plusieurs années contribue en tous cas à ce qu'elle examine avec attention l'invitation du juge national, voire qu'elle lui fasse la faveur d'y répondre positivement. Les rapports du Conseil d'État à son homologue communautaire doivent donc toujours être appréciés dans leur ensemble et dans la longue durée.

<sup>3</sup> Voir en ce sens J.-M. SAUVÉ, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », art. cité : « L'articulation entre l'ordre juridique national, en particulier au plan constitutionnel, et les ordres juridiques européens est un enjeu et un défi redoutable auxquels sont confrontées toutes les juridictions suprêmes des États membres de l'Union, voire du Conseil de l'Europe, et les deux cours européennes, sans que, dans aucun État, n'ait été trouvée de solution garantissant leur cohérence de manière pleinement stable et durable. Il y a en la matière plus de solutions ponctuelles et de constats ex-post de cohérence, que de stratégie sûre et efficace de prévention des contradictions. »

<sup>4</sup> H. LABAYLE, R. MEHDI, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », art. cité.

Sans tomber dans un manichéisme caricatural, on peut par exemple remarquer que la priorité de fait donnée au renvoi préjudiciel à la Cour de justice donne au contrôle de conventionnalité un privilège sur le contrôle de constitutionnalité<sup>1</sup>, quels que soient les gages que le Conseil d'État avait pu précédemment donner au Conseil constitutionnel quant au respect de ses attributions (voir section I. A. 1. a) i. *supra*). En outre, alors même qu'il aurait pu voir son rôle réduit à celui de simple orchestrateur entre la QPC et le renvoi préjudiciel, le Conseil d'État s'est attaché à conserver la maîtrise de la procédure judiciaire. Dans l'arrêt *Jacob*, par exemple, en choisissant de ne pas transmettre la QPC en même temps que la question préjudicielle, le Conseil d'État évite certes un obstacle technique (le juge qui applique la solution donnée par la Cour de justice étant censé être celui qui a posé la question) ; mais comme l'ont souligné les commentateurs<sup>2</sup>, il ne s'agissait pas là d'un obstacle dirimant, mais plutôt d'une possible « originalité procédurale » ; en réalité, en réservant la QPC, le Conseil d'État conserve la maîtrise du contentieux et donne ainsi plus de poids à son rôle de juge du filtre<sup>3</sup>. Il veille à rester « au centre d'un jeu dont il maîtrise toutes les dimensions et pour cause, en ayant façonné les principaux aspects<sup>4</sup>. » De la même manière, dans l'affaire *Kandyrine de Brito Paiva* (voir *infra*, section B. 1. a)) dans laquelle le Conseil d'État a tenté de donner une méthode de résolution des conflits entre plusieurs traités internationaux, les chroniqueurs ont bien relevé la « très puissante façon pour le juge d'affirmer son autorité par-delà toutes les règles de compétence et de préséance juridictionnelle » que constitue l'utilisation de la Constitution comme clé de lecture des traités<sup>5</sup>. Désir de domination ou simple coopération partenariale<sup>6</sup> ? Il est impossible de le dire. En tous cas, qu'il exerce « toute sa compétence mais rien que sa compétence<sup>7</sup> » ou « rien que sa compétence mais toute sa compétence », que l'on voie le verre à moitié vide ou à moitié plein, le Conseil d'État veille à

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « QPC et question préjudicielle : la logique et ses impasses », art. cité.

<sup>3</sup> L'on sait cependant que dans sa décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013 (*M. Jeremy F.*), le Conseil constitutionnel a su saisir l'occasion d'une QPC posée par la Cour de cassation pour saisir lui-même la Cour de justice d'une question préjudicielle relative à la portée de la décision cadre sur le mandat d'arrêt européen.

<sup>4</sup> H. LABAYLE, R. MEHDI, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », art. cité.

<sup>5</sup> X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Le juge administratif, arbitre international ? », *AJDA* 2012, p. 201 : « le Conseil d'État s'est [...] essentiellement placé sous l'égide de la Constitution, qui fonctionne comme une clé de lecture des traités. Si l'on se souvient de la place éminente réservée, dans un tout autre contexte, à cette même technique d'interprétation conforme par la décision Conseil national des barreaux, on ne peut qu'être impressionné de voir combien elle se révèle être une très puissante façon pour le juge d'affirmer son autorité par-delà toutes les règles de compétence et de préséance juridictionnelle. Même enveloppée dans le velours qui sied à celle du diplomate, la main du juge administratif sait rester ferme. »

<sup>6</sup> En ce second sens, H. LABAYLE, R. MEHDI, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », art. cité.

<sup>7</sup> Comme l'interprètent H. LABAYLE et R. MEHDI (*ibid.*).

rester indispensable – ce qu’au vu du brio technique indéniable avec lequel il parvient à ordonner le chaos procédural, on ne saurait lui reprocher.

Au plan de la communication, on peut également observer que le Conseil d’État a su habilement tirer parti de l’attitude hostile (ou du moins interprétée comme telle<sup>1</sup>) de la Cour de cassation lors de l’épisode de 2010. Son intervention même dans le débat en témoigne, puisque son arrêt du 14 mai 2010 n’avait pas de lien avec la mise en œuvre du droit de l’Union européenne et que son considérant de principe sentencieux constituait donc un pur *obiter dictum*. Au-delà de ce seul arrêt, sans jamais aller jusqu’à grossièrement jeter l’anathème sur son homologue judiciaire, le Conseil d’État ne s’est pas privé de jeter – quoique toujours finement – quelques piques aux juges du quai de l’Horloge, de se féliciter publiquement de son propre esprit de conciliation et de souligner l’enrichissement que constitue la QPC pour l’État de droit et pour sa propre activité juridictionnelle<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir par exemple D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 33, qualifiant l’attitude de la Cour de « très rétive, pour ne pas dire franchement hostile », ou D. SIMON, « Conventiounnalité et constitutionnalité, art. cité, fustigeant un « combat d’arrière-garde ».

<sup>2</sup> Voir par exemple J.-M. SAUVÉ, « QPC - Premier bilan et prospective : l’appréciation des conditions de recevabilité », exposé introductif dans le cadre du colloque sous le haut patronage du Conseil constitutionnel, du Conseil d’État et de la Cour de cassation le 22 septembre 2010 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/QPC-Premier-bilan-et-prospective-l-appreciation-des-conditions-de-recevabilite>): « Le mérite essentiel du succès obtenu revient au Conseil constitutionnel auquel il faut rendre un hommage appuyé pour avoir relevé les multiples défis résultant de la réforme majeure opérée par le Constituant et le législateur organique. *La clef du succès de la réforme réside aussi, je le crois, du point de vue de la juridiction administrative, dans une approche ouverte, prudente et responsable de la mission qui lui a été confiée.* Cette approche se traduit par la volonté de respecter la loi, c’est-à-dire toutes les lois, y compris notre loi fondamentale et nos engagements européens, sans opposer ces lois entre elles, ni les dénaturer, sans non plus perdre de vue la boussole qu’est notre Constitution, mais en s’efforçant de faire produire à chaque loi tous ses effets et en veillant à surcroît à articuler ces lois entre elles. [...] En clair, le succès de la question prioritaire de constitutionnalité met tout particulièrement en évidence la nécessité d’un dialogue harmonieux entre les juges. Dans des systèmes de normes entrecroisées, en particulier de normes nationales et européennes, qui se superposent sans être totalement similaires ou parfaitement coordonnées entre elles, dans ce système de « miroirs inversés », selon l’expression du professeur Auby, *il pourrait être aisé de se faire « briseur de miroirs » [...]. Mais cela ne serait pas servir la loi, ni l’intérêt général, ni non plus assumer notre office de juge.* Cette remarque quant à notre responsabilité de juge excède bien sûr notablement le seul sujet de la question prioritaire de constitutionnalité et elle vaut pour l’intégralité de notre office [...] » ; ou encore *id.*, « L’examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d’État », art. cité : « il est plus que jamais nécessaire de ne pas se laisser distraire de cet enjeu majeur par des divergences et des désaccords purement domestiques ou qui, même non dépourvus de liens avec la conciliation entre le droit interne et le droit européen, ne sont pas justifiés. [...] Le dialogue a toute sa place dans les relations entre juridictions suprêmes. Mais *assurément pas le déni, qui nous exposerait à des contradictions inacceptables*, à plus forte raison dans la durée. [...] Pour tracer les voies de l’avenir, vous l’avez compris, les sages réponses de nos pratiques et de notre jurisprudence constituent de précieux points d’appui pour que l’actuel printemps de notre droit constitutionnel tienne toutes ses promesses et s’épanouisse en bel été, sans orages ni désordres climatiques excessifs. » ; ou encore *id.*, « L’ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », art. cité, ou *id.*, « Le contrôle de constitutionnalité en Europe », allocation d’ouverture du colloque de droit comparé organisé par la Fédération européenne des juges administratifs, 19 mai 2011

L'enchevêtrement croissant de plusieurs ordres juridiques n'a pas seulement mis en tension les attributions respectives des différents acteurs institutionnels ; il a aussi posé de redoutables problèmes d'articulation des normes. Le Conseil d'État, là encore, a pris ces questions à bras le corps en y apportant des réponses subtiles et empreintes de conciliation.

### *B. L'articulation des normes*

Le temps est loin, si tant est qu'il ait jamais existé, où la hiérarchie des normes pouvait apparaître avec la simplicité d'une structure pyramidale lisse et où les résolutions de conflits de normes découlaient d'une lecture pure et simple de cette pyramide. Le développement des ordres juridiques communautaire et européen et de leur jurisprudence, ordres non hiérarchisés entre eux ni avec l'ordre « intra-national » mais revendiquant chacun une forme de primauté, a ajouté aux spécificités propres à la Constitution de 1958<sup>1</sup> une source redoutable d'éclatement de la pyramide et de contradictions potentielles. L'instauration de la QPC en 2008 a complexifié davantage la question en rendant possible un choc encore plus frontal entre normes législatives, normes constitutionnelles et normes conventionnelles. Dans un système schématisé, depuis l'arrêt *Sarran et Levacher*, comme une pyramide à double sommet<sup>2</sup>, tiraillée entre le primat revendiqué de l'ordre juridique international (nécessaire pour assurer son efficacité, sa juridicité, pour parler en termes kelséniens), et celui, tout aussi nécessaire du point de vue des juges nationaux, de la Constitution, il a paru de plus en plus évident qu'« il ne peut pas exister de hiérarchie unique et indiscutée des normes. [...] Deux hiérarchies coexistent, ou, plus précisément, deux points de vue différents et opposés sur la position hiérarchique respective du traité et de la Constitution<sup>3</sup>. » En France, ce débat s'inscrit en outre dans un contexte ancien de recherche doctrinale d'un critère d'explication unique de la hiérarchie des normes, les grilles de lecture organique, matérielle, formelle, et même, plus récemment, fonctionnelle, ayant successivement démontré leur impuissance à décrire de manière exacte et compréhensive l'état du droit positif français et à donner une clé satisfaisante de résolution des conflits de normes<sup>4</sup>.

---

([http://www.conseil-Etat.fr/content/download/2509/7555/version/1/file/intervention\\_ouverture\\_vp\\_feja\\_19052011.pdf](http://www.conseil-Etat.fr/content/download/2509/7555/version/1/file/intervention_ouverture_vp_feja_19052011.pdf)).

<sup>1</sup> Qui a gravé dans le marbre le court-circuit de certaines hiérarchies classiques, par exemple en instaurant les règlements autonomes de l'article 37 de la Constitution.

<sup>2</sup> Expression utilisée notamment par J.-M. SAUVÉ, in « Vingt ans après... l'arrêt Nicolò », *Gaz. Pal.* n° 43, 2009, p. 5 : « Si l'on reprend dans ce cadre la métaphore kelsénienne de la pyramide des normes, le système juridique, vu d'un point de vue national, peut être décrit, non comme une hiérarchie mais comme la superposition partielle de deux triangles, dont les bases se recoupent mais qui conservent deux sommets distincts : la Constitution, d'un côté, les traités européens et le droit dérivé, de l'autre. »

<sup>3</sup> D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité.

<sup>4</sup> Sur ce sujet, la littérature est immense. Sur l'explication fonctionnelle, qui, malgré ses lacunes, reste une des plus efficaces, on se reportera à la thèse de D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996 ; et pour une vue d'ensemble des différentes écoles, P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hié-

Et pourtant, le juge administratif ne peut se contenter de constater cet éclatement : son office lui impose de donner une réponse claire dès lors qu'il rencontre des « doublons, [des] tensions, [des] antinomies éventuelles<sup>1</sup> » entre deux normes. Le contrôle de conventionnalité, au cœur de ces questionnements, a permis au Conseil d'État de contribuer à renouveler et à compléter le puzzle de la hiérarchie des normes dans cet environnement toujours plus complexe. Depuis l'arrêt *Nicolo*, son rôle s'était déjà transformé puisqu'il devait désormais intégrer les normes internationales dans son contrôle, alors qu'il se contentait auparavant de s'arrêter à l'étage de la loi. Avec le développement croissant de l'invocation par les requérants des normes communautaires et européennes, sa mission est devenue encore plus délicate : c'est sur lui que se focalise la triple mission impossible consistant à appliquer simultanément la primauté de la Constitution, celle du droit communautaire et la garantie des droits fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, tandis que la CJUE et la CEDH peuvent se contenter de défendre la primauté de leur ordre juridique sans, en théorie, avoir à se préoccuper de coordination<sup>2</sup>.

Sans prétendre résoudre la question insoluble de savoir si le système de normes constitue aujourd'hui une hiérarchie verticale ou un réseau horizontal, une pyramide ou un « pluralisme ordonné<sup>3</sup> », on s'attachera ici à mon-

---

rarchie des normes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 983.

<sup>1</sup> M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.* n° 43, 2009, p. 11. En ce sens, voir aussi B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>2</sup> M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », art. cité. Voir aussi la métaphore des commentateurs autorisés : « depuis l'entrée en vigueur de la QPC, ce qui a changé pour le juge du litige, c'est que l'explosion de l'unité de temps et de lieu de son office est désormais complète : le réseau des juges suprêmes s'est densifié, les voies de leur dialogue se sont multipliées, tandis que la question de leur combinaison a porté la difficulté au carré. Dans ce paysage nouveau, le rôle du juge du litige s'apparente à celui d'un généraliste, qui peut, à l'occasion, renvoyer certaines questions à des spécialistes, ou, à défaut d'un tel renvoi, s'inspirer de ce que tel ou tel a dit ou fait. Mais il reste bien le juge unique du litige et se doit à ce titre de concentrer, tel un prisme, tous les faisceaux de normes applicables, et tous les faisceaux de jurisprudences rendues. Nécessairement, par la pluralité et des voix dont il doit tenir compte, et des droits dont il doit assurer l'application, le juge du litige est donc bien plus qu'une chambre d'enregistrement ou d'écho du dialogue des juges : il est celui qui a la lourde tâche de le mettre en musique et d'assurer quotidiennement son fonctionnement paisible. Ajoutons qu'en outre, le dispositif de QPC a très nettement accentué la délicatesse des questions d'application dans le temps, où effets dans le passé et rétroactivité se combinent, là aussi parfois au carré : aux joies de la polyphonie s'ajoutent désormais celles du canon. De cette grande symphonie des juges, on peut bien entendu redouter le risque de fausse note, ou d'arythmie. Mais [...] il convient de ne pas surestimer un tel risque. Car comme en musique, où la partition conduit tous les musiciens à s'accorder, le droit et son application doivent conduire à une harmonie des garanties et des protections juridictionnelles. Une telle harmonie exige, c'est certain, écoute, rigueur et discipline. Mais a-t-on jamais attendu autre chose d'un juge ? »

<sup>3</sup> Expression bien connue de Mireille Delmas-Marty. Voir notamment la série d'ouvrages *Les forces imaginantes du droit* dont le t. II est précisément intitulé *Le pluralisme ordonné* (Seuil, 2006). Voir aussi B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 216 sq. Il est évident que la *doxa* actuelle privilégie l'image du réseau, y compris lorsqu'elle émane de juridictions qui pourraient se prétendre au sommet de l'ordre normatif. Dans son discours de clôture de la première édition des « Entretiens du contentieux » au Conseil d'État, le président de la CEDH, par exemple, a défendu lui-même l'idée « que la Cour n'est pas le

trer quelle a été l'attitude du Conseil d'État face aux problèmes de conflits de normes qui lui ont été soumis dans le cadre de son contrôle de conventionnalité. Sans surprise, il apparaît que les juges du Palais Royal ont emprunté la même voie que lorsqu'il s'agit d'articuler des procédures entre elles, celle de la conciliation volontariste et de la coopération, « condition essentielle, à [ses] yeux, d'une correcte résolution des éventuels conflits de normes<sup>1</sup>. » (1.). Ce faisant, le Conseil d'État a petit à petit imposé sa vision de l'ordonnancement du système de normes (2.).

## 1. Encore et toujours, la conciliation

Face à des situations de conflits de normes de plus en plus complexes, le Conseil d'État est parvenu, en s'appuyant sur quelques outils de technique contentieuse, à dénouer des situations qui paraissaient inextricables, sans pour autant apporter de réponse à toutes les solutions (a)). Il a, ce faisant, démontré son esprit de conciliation volontariste, tout en se sauvegardant une certaine marge de manœuvre (b)).

### a) L'« exercice impossible de concilier l'inconciliable<sup>2</sup> »

Par plusieurs décisions récentes, le Conseil d'État a tracé progressivement le mode d'emploi de la résolution de conflits de normes de plus en plus complexes dans le cadre du contrôle de conventionnalité<sup>3</sup>.

Le célèbre arrêt *Arcelor*<sup>4</sup>, tout d'abord, est emblématique de la manière dont le Conseil d'État résout des conflits de normes impliquant à la fois des normes nationales, constitutionnelles et communautaires. Répondant au

---

sommet d'une pyramide juridictionnelle », émettant le souhait « que la juridiction de Strasbourg soit au centre d'un réseau au sein duquel les juridictions suprêmes des 47 États membres jouent leur rôle dans la défense des droits fondamentaux » et réaffirmant que « [n]ous vivons [...] à l'ère de la subsidiarité et du dialogue qui en découle nécessairement » (G. RAIMONDI, « La relation de la Cour de Strasbourg avec les juges internes », *AJDA* 2016, p. 2434). Tel est également le discours du Conseil constitutionnel (voir par ex. N. BELLOUBET, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Droit social* 2017, p. 388 : « Le terme de hiérarchie n'est plus aujourd'hui tout à fait pertinent pour qualifier les relations entre les ordres juridiques ou entre les juges. Cette référence doit sans doute être dépassée. [...] En réalité, au lieu de se référer à la notion de hiérarchie, il serait plus pertinent d'évoquer la constitution d'un réseau des juges au bénéfice du justiciable. »).

<sup>1</sup> M. GUYOMAR, concl. sur l'arrêt *Conseil national des barreaux et autres*, préc.

<sup>2</sup> Formule tirée des conclusions de l'avocat général Maduro sur l'arrêt *Arcelor* rendu par la CJCE 16 décembre 2008 (sur renvoi du Conseil d'État) : « Le Conseil d'État était *a priori* confronté à l'exercice impossible de concilier l'inconciliable : comment assurer la protection de la Constitution sans attenter à l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire ? »

<sup>3</sup> Dans les arrêts qui suivent, le contrôle de conventionnalité que le Conseil d'État avait à exercer est parfois entendu au sens strict : confrontation d'une loi avec une norme internationale (*Conseil national des Barreaux*) et parfois au sens large : confrontation d'actes administratifs de transposition ou de normes internationales inférieures avec des normes internationales supérieures (*Arcelor*, *Kandyrine de Brito Paiva*, *Société Air Algérie*). Les mécanismes appliqués étant cependant intrinsèquement liés, nous jugeons pertinent de ne pas nous limiter ici au seul contrôle de conventionnalité au sens strict.

<sup>4</sup> CE, ass. 8 févr. 2007, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Rec. CE* p. 55 avec les conclusions de M. GUYOMAR.

moyen tiré de la méconnaissance, par un décret transposant directement (c'est-à-dire sans écran législatif) les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive communautaire, de principes ou dispositions à valeur constitutionnelle, il a opéré une transposition de ce contrôle en un contrôle de la conformité de la directive avec les règles et principes généraux du droit communautaire primaire offrant une protection équivalente à la disposition et au principe constitutionnels qui étaient invoqués. Constatant ensuite un doute sérieux quant à cette conformité, il a procédé à un renvoi préjudiciel à la CJUE, conformément à la jurisprudence *Foto-Frost*<sup>1</sup>. Le Conseil d'État est ainsi parvenu à transformer un contrôle qui semblait impossible (puisqu'il revenait à mettre face à face un acte du droit de l'Union européenne et la Constitution) en un contrôle équivalent, et par conséquent à résoudre le conflit de normes. Dans une telle situation, le juge doit concrètement vérifier si une règle ou un principe général du droit communautaire offrant une protection équivalente existent effectivement ; à défaut, il conserve en ses mains la résolution du conflit de normes, à l'aune de la protection offerte par la Constitution<sup>2</sup>.

Un an plus tard, l'arrêt *Conseil national des Barreaux*<sup>3</sup> répondait à la même configuration, à ceci près que la norme de référence dont la violation par une loi transposant exactement une directive communautaire était invoquée était l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, dans la mesure où, en application « tant de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne que de la jurisprudence de la Cour de justice<sup>4</sup> », les droits fondamentaux garantis par ladite Convention sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire, et où la loi de transposition reprenait exactement les dispositions de la directive, le Conseil d'État a pu reproduire le schéma *Arcelor*, c'est-à-dire transposer le conflit entre une loi nationale et une norme cette fois non plus constitutionnellement mais conventionnellement garantie en un conflit entre le droit communautaire dérivé et le droit communautaire primaire. En l'espèce, il a choisi de résoudre le conflit lui-même, sans renvoyer de question préjudicielle à la Cour de justice, car l'interprétation du droit communautaire ne lui paraissait pas présenter de difficulté sérieuse. Le mode d'emploi de cette décision complète ainsi celui inauguré par l'arrêt *Arcelor* mais sa portée est également limitée car il ne vaut que lorsqu'est invoquée la Convention européenne des droits de l'homme, transposable en principes généraux du droit communautaire, et non une autre convention internationale.

Dans l'arrêt *Kandyrine de Brito Paiva*<sup>5</sup>, le Conseil d'État s'est ensuite vu confronté à la violation alléguée d'un acte administratif d'application

---

<sup>1</sup> Préc.

<sup>2</sup> Voir la formule de l'arrêt : « [...] en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

<sup>3</sup> CE, sect., 10 avril 2008, n° 296845, *Conseil national des barreaux et autres*, Rec. CE p. 129.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> CE, ass., 23 déc. 2011, n° 303678, *Kandyrine de Brito Paiva*, Rec. CE p. 623.

d'un traité international au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. On le sait, les normes internationales ne connaissant pas de hiérarchie entre elles, la question était *a priori* insoluble et le moyen courait le risque de l'inopérance pure et simple. Le Conseil d'État a rappelé clairement – ce qu'on ne peut qu'approuver même s'il existe de fait un vide juridictionnel – qu'« il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité [d'un traité] au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ». Pourtant, les juges se sont efforcés d'apporter une réponse *ad hoc* au litige qui leur était soumis, tout en dégagant une méthodologie générale pour ce genre de conflits. Dépassant le simple rôle de censeur pour se poser en arbitre, ils ont entrepris de résoudre un « conflit de normes "horizontal" »<sup>1</sup>. La décision se lit comme un « véritable mode d'emploi »<sup>2</sup> et raisonne en plusieurs étapes : d'abord, elle exclut le champ du droit de l'Union européenne, ce « droit international pas tout à fait comme les autres »<sup>3</sup> qui bénéficie d'un traitement spécial en raison de son intégration à l'ordre juridique national. Ensuite, elle vérifie si les normes en jeu passent le filtre de l'effet direct, hors duquel point de salut contentieux n'est possible. Si ces conditions sont réunies, le juge tente d'abord, « conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales », d'« assurer la conciliation » des normes entre elles en les interprétant à la lumière de deux ensembles de règles : les « règles et principes à valeur constitutionnelle » et les « principes d'ordre public ». Si, à la suite de cet examen, la conciliation s'avère toujours impossible, le juge rend les armes et choisit la norme « dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise »<sup>4</sup> et écarte l'autre norme, sans préjudice de l'éventuelle responsabilité de l'État pour l'inapplication de cette norme.

*Last but not least*, la complexité s'est encore accrue dans l'arrêt *Société Air Algérie*<sup>5</sup> : était en jeu le contrôle de conventionnalité d'une loi de transposition d'une directive (et donc, indirectement, de la directive elle-même) à des principes constitutionnels ainsi qu'à un ensemble de textes internationaux, certains liant l'Union européenne, d'autres non. Deux de ces différents types de conflits de normes ne posaient pas de difficulté particulière : les moyens tirés de l'inconstitutionnalité de la loi, que le Conseil d'État a sagement rejetés, et ceux tirés de son inconvictionnalité au regard de normes internationales liant l'Union européenne, qu'il a également écartés en appliquant les jurisprudences *CILFIT* et *Foto-Frost* et la jurisprudence de la CJUE, selon un mode d'emploi très proche de celui défini dans l'arrêt *Conseil national des Barreaux*. En revanche, s'agissant des conventions internationales ne liant pas l'UE – seule question qui posait véritablement problème –, la décision ne donne pas de réponse : empruntant à la méthode

---

<sup>1</sup> A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Le juge administratif, arbitre international ? », art. cité.

<sup>2</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 210.

<sup>3</sup> A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Le juge administratif, arbitre international ? », art. cité.

<sup>4</sup> Toutes les citations de ce paragraphe autres que celles bénéficiant d'une note de bas de page spéciale : CE, ass., 23 déc. 2011, préc.

<sup>5</sup> CE, 6 déc. 2012, n° 347870, *Rec. CE* p. 398.



*Kandyrine* et aux critères dégagés par l'arrêt *GISTI-FAPIL*<sup>1</sup>, l'arrêt s'interroge d'abord sur l'effet direct des normes invoquées, qu'il admet. Mais il écarte ensuite l'argumentation des requérants au fond, éludant opportunément le point crucial de savoir si l'incompatibilité d'un acte de transposition pour violation d'une convention internationale ne liant pas l'Union pourrait être prononcée en dépit de l'obligation tant constitutionnelle que conventionnelle de transposition des directives.

On le voit, malgré un raffinement toujours plus grand dans la conciliation des normes de différents ordres juridiques entre elles, le Conseil d'État finit par se heurter à des situations limites dans lesquelles aucune réponse conciliante n'est possible. L'avenir dira si, la configuration *Société Air Algérie* se représentant, il parvient à résoudre autrement que par une mise à l'écart des engagements internationaux de la France une contradiction entre un tel engagement et une directive communautaire, ce qui, *in fine*, pourra s'apparenter à un conflit de souveraineté entre l'ordre juridique français (et les conventions que ses dirigeants décident de conclure) et l'ordre de l'Union européenne. Quoi qu'il en soit, l'on peut tirer de ces différents arrêts certaines observations sur l'attitude du Conseil d'État face aux multiples torsions infligées au contrôle de conventionnalité par les stratégies contentieuses des requérants.

#### *b) Objectifs et outils du Conseil d'État*

La combinaison des arrêts précités permet de dégager les objectifs généraux du Conseil d'État lorsqu'il est confronté à des cas difficiles de contrôle de conventionnalité (i), ainsi que les outils qu'il utilise pour atteindre ces objectifs (ii).

##### *i. Objectifs*

Le maître mot de tous ces « exercices de haute-voltage<sup>2</sup> » semble d'abord être la conciliation. Le terme apparaît textuellement aussi bien dans les arrêts eux-mêmes que dans leurs conclusions et leurs commentaires. Ce trait commun relève clairement d'un choix assumé, d'une politique jurisprudentielle volontariste du Conseil d'État, entièrement acquis (c'est du moins ce qui ressort de ses décisions et de ses communications officielles ou quasi-officielles : conclusions, chroniques autorisées, interventions de ses représentants...) à la cause de la coopération. Si la volonté de ne pas déterrer la hache de guerre et de mettre autant qu'il est possible de l'ordre dans le désordre est en soi parfaitement louable, le trait paraît parfois toutefois un peu forcé : les conclusions sur l'arrêt *Arcelor*, par exemple, font quasiment état d'un choix binaire entre un alignement sur la solution *Économie numérique* du Conseil constitutionnel<sup>3</sup> et toute autre solution qui risquerait nécessairement de rallumer la guerre des juges, alors que telles n'étaient peut-être pas les deux seules solutions possibles. Cela donne l'impression que,

---

<sup>1</sup> CE, 11 avr. 2012, *GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, préc.

<sup>2</sup> A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Miscellanées contentieuses », *AJDA* 2012, p. 2373.

<sup>3</sup> Préc.

compte tenu de l'historique des rapports entre le Conseil d'État et la CJUE, fait de réticences, de méfiance, de splendide isolement, dont le Conseil estime sans doute avoir suffisamment payé le prix, il ne veut surtout plus prendre le risque que ses décisions puissent être interprétées comme un retour à cette époque révolue, et ressent encore le besoin de donner des gages à la Cour de justice<sup>1</sup>. Cette impression ressort aussi de la lecture des diverses interventions publiques des représentants du Conseil d'État, qui ne manquent jamais de rappeler leur responsabilité dans la mise en cohérence des systèmes juridiques, et, de manière générale, de communiquer sur leur mission d'acteur proactif de conciliation et de paix entre les juges et les ordres juridiques<sup>2</sup>.

Quoi qu'il en soit, la conciliation signifie d'abord la souplesse avec laquelle le Conseil d'État aborde les problèmes, évitant de s'arrêter *prima facie* à des solutions simples qui le conduiraient à écarter une norme ou une autre, et cherchant au contraire par tous les moyens possibles (et juridiquement rigoureux, bien sûr) à éviter de trancher par la verticalité ce qui peut l'être par l'horizontalité. L'arrêt *Kandyrine de Brito Paiva* en est l'exemple le plus frappant, et la chronique ne manque d'ailleurs pas de filer la métaphore, faisant du Conseil d'État un diplomate courtois « érigé en conciliateur des normes invoquées, [assigné] à une véritable mission de maintien de la paix, [...] mobilisant tour à tour, pour éviter le conflit, les règles du droit international, d'une part, et ses propres talents d'interprète, d'autre part<sup>3</sup>. »

---

<sup>1</sup> Les conclusions sont parlantes : « Ce n'est [*sic*] pas seulement vos relations avec l'aile Montpensier du Palais Royal qui sont en cause. Ce sont aussi les rapports entre notre droit interne et le droit communautaire et, partant, ceux entre la juridiction administrative et la Cour de Luxembourg qui sont en jeu. Toute divergence avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière risquerait d'être perçue, à tort ou raison, comme une position de défiance envers le juge communautaire. Ce serait d'autant plus dommageable que vos relations avec la Cour de justice sont aujourd'hui apaisées [...] et que vous n'hésitez pas à conférer leur pleine portée aux procédures institutionnalisées de coopération [...] » ; les conclusions font par ailleurs valoir le « mouvement général de coopération judiciaire » à l'œuvre dans les autres juridictions européennes pour mieux montrer à quel point une décision ne témoignant pas clairement d'une volonté de conciliation avec la CJUE serait « hasardeu[se] » et dommageable (concl. M. GUYOMAR sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux*, préc.).

<sup>2</sup> Voir par exemple J.-M. SAUVÉ, « QPC - Premier bilan et prospective : l'appréciation des conditions de recevabilité », art. cité, qui invite ses pairs à « assumer [leur] office de juge. Cette remarque quant à notre responsabilité de juge excède bien sûr notablement le seul sujet de la question prioritaire de constitutionnalité et elle vaut pour l'intégralité de notre office : il nous appartient de mettre, dans le respect de la loi, de la cohérence ou de l'harmonie, chaque fois que c'est raisonnablement possible, entre des normes relevant d'ordres juridiques différents, qui ne s'accorderaient pas immédiatement et spontanément entre elles. » ; voir encore J.-M. SAUVÉ, « Le contrôle de constitutionnalité en Europe », art. cité : « La responsabilité des juges ne se limite pas au seul fonctionnement du contrôle de constitutionnalité lui-même. Elle doit aussi les conduire à assurer la cohérence des différents ordres juridiques dans lesquels ils s'inscrivent : le système juridique national et les systèmes européens, c'est-à-dire celui de l'Union et celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Car pour que le pluralisme des systèmes juridiques reste un atout pour la garantie des droits, il ne doit pas dégénérer en désordre, voire en contradictions et donc en insécurité juridique. De là découle une responsabilité particulière pour l'ensemble des juges : les juges européens, les juges constitutionnels et les juges nationaux de droit commun. [...] La coopération est une responsabilité, un devoir pour les juges. »

<sup>3</sup> A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Le juge administratif, arbitre international ? », art. cité.

Dans nombre de situations, le Conseil d'État cherche en particulier à éviter le conflit entre la primauté du droit de l'Union, qu'il prend soin de rappeler à de multiples reprises, et celle de la Constitution, qu'il appelle aussi en renfort dans les visas comme dans les motifs.

La conciliation, parce qu'elle consiste parfois en un dessaisissement, signifie aussi (ou suppose) la confiance du Conseil d'État en ses pairs, aussi bien internes qu'externes. La décision *Arcelor*, réplique de la décision *Économie numérique* rendue trois ans plus tôt par le Conseil constitutionnel, est emblématique à la fois du dialogue avec ce dernier (le schéma adopté étant le même) et de la confiance affichée envers la CJUE, à laquelle est transmis le contrôle de conformité<sup>1</sup>. Dans ses conclusions, Mattias Guyomar appelle ainsi explicitement la formation de jugement à reprendre la même approche que celle développée par son homologue constitutionnel<sup>2</sup>. Il invite donc la formation de jugement à adopter la même attitude de confiance envers la CJUE en insistant, pour la rassurer contre d'éventuelles craintes que la solution proposée n'entraîne un transfert de souveraineté juridique, sur l'inscription de l'ordre juridique français dans l'ordre juridique communautaire et sur « l'importance des principes qui sont communs aux deux ordres juridiques », reprenant ainsi à son compte les arguments du commentateur autorisé de la décision *Économie numérique*<sup>3</sup> : « le bon fonctionnement du droit communautaire repose sur la confiance réciproque entre pays membres et organes de l'Union. Contrôler, même indirectement, un acte communautaire dérivé au regard d'un droit fondamental "partagé" par les pays membres de l'Union serait méconnaître la communauté de valeurs qui cimenter cette dernière et porter sur les institutions de celle-ci un soupçon inutilement désobligeant<sup>4</sup> ». Désobligeance dont l'attitude inverse est la responsabilité du juge administratif, là encore soulignée dans de nombreuses

---

<sup>1</sup> Voir le communiqué officiel sur cette décision sur le site internet du Conseil d'État : « Cette décision manifeste de la part du Conseil d'État le souci de tirer toutes les conséquences de la confiance réciproque qui doit présider aux relations entre systèmes nationaux et système communautaire de garantie des droits [...] » (<http://www.conseil-Etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/8-fevrier-2007-Societe-Arcelor-Atlantique-et-Lorraine-et-autres>).

<sup>2</sup> Concl. M. GUYOMAR sur l'arrêt *Arcelor*, préc. : « La similitude de vos missions respectives justifie que vous vous inspiriez des modalités de son contrôle. [...] Nous vous invitons à vous inspirer de la démarche retenue par le Conseil constitutionnel et à procéder, à la faveur de l'examen des moyens d'inconstitutionnalité dont vous serez saisis, au transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique communautaire. »

<sup>3</sup> J.-E. SCHOETTL, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *LPA* n° 122, 2004, p. 10.

<sup>4</sup> Appel à la confiance dont les conclusions sur l'arrêt *Arcelor* reproduisent l'esprit : « Cette convergence, s'agissant de la définition de notre hiérarchie des normes, est plus que nécessaire. Elle participe également, de manière harmonieuse, au concert des cours suprêmes nationales qui cherchent toutes, dans le respect de leurs traditions respectives, à ce qu'à l'imbrication des droits constitutionnels et du droit communautaire corresponde à une efficace et loyale coopération des juridictions. Elle confirme enfin, et contribuera à renforcer, la confiance qui marque désormais vos relations fonctionnelles avec la CJCE. » (concl. M. GUYOMAR sur l'arrêt *Arcelor*, préc.).

interventions<sup>1</sup>. De manière générale, le Conseil d'État prend soin de marquer son respect de la spécificité du droit de l'Union, des attributions et de la jurisprudence de la Cour de justice : dans l'arrêt *Kandyrine de Brito Paiva*, il exclut résolument le champ du droit de l'Union au nom de sa spécificité ; dans l'arrêt *Société Air Algérie*, il fait une application scrupuleuse de la méthode dégagée par les jurisprudences *CILFIT* et *Foto-Frost* ; dans l'arrêt *Conseil national des Barreaux*, il veille à reprendre textuellement des éléments de l'arrêt de la CJUE qui sert de fondement à son choix de juger lui-même de la compatibilité de la directive en cause avec un acte supérieur du droit de l'Union.

Le Conseil d'État affiche aussi un souci de préservation de la spécificité de l'ordre juridique français (cela transparaît notamment dans l'arrêt *Arcelor*), réplique là encore de la précaution prise par le Conseil constitutionnel réservant, dans sa décision *Économie numérique*, l'« identité constitutionnelle » de la France (réserve elle-même inspirée des décisions des autres cours constitutionnelles européennes<sup>2</sup>). Réserve qui reste toutefois largement théorique, n'ayant, à notre connaissance, jamais été activée par le Conseil d'État à ce jour<sup>3</sup>.

La conciliation, toutefois, n'exclut pas l'indépendance, comme le montre notamment l'arrêt *Conseil national des Barreaux*, dans lequel le Conseil d'État a estimé jouir lui-même d'une confiance suffisante de la part de la CJUE pour prendre l'initiative de juger seul de la compatibilité d'un acte dérivé de l'Union européenne avec le droit primaire, sans risquer de se voir désavoué. De même qu'en matière de sphères de compétences et de rapport avec les attributions de ses pairs, le Conseil d'État a choisi de n'exercer rien que le contrôle de conventionnalité, mais tout le contrôle de conventionnalité (voir *supra*, section I), en matière de résolution des conflits de normes, le Conseil d'État a fait exactement le même choix : comme le recommande le rapporteur public dans ses conclusions sur l'arrêt *CNB*, « [en] vérifiant, dans le cadre d'une exception d'invalidité, le respect par une directive des droits issus de la Convention européenne mais en renvoyant, en cas de doute sérieux, à la Cour de justice le soin de se prononcer sur son éventuelle invalidité, vous occuperez, s'agissant de l'articulation des normes communautaires et conventionnelles, toute votre place sur la scène

---

<sup>1</sup> À titre d'exemple supplémentaire, voir les conclusions sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux*, qui rappellent les « responsabilités respectives des juridictions des États membres et de la Cour de justice », notamment en ce qui concerne le principe de subsidiarité, et « la volonté que [le Conseil d'État doit] affirmer d'assumer complètement la responsabilité communautaire qui incombe au juge national », ou J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », art. cité : « Ces affaires [*Arcelor* et *CNB*] montrent que la coopération loyale avec les cours suprêmes ultimement en charge de la constatation et de l'interprétation des libertés et des droits fondamentaux laisse au juge administratif, comme aux autres juges nationaux, des marges d'initiative et de responsabilité non négligeables. »

<sup>2</sup> Notamment de la jurisprudence « Solange » de la cour constitutionnelle allemande : BVG, 29 mai 1974, *Solange I*, trad. et comm. M. FROMONT, *RTDE* 1975, p. 316 ; 22 oct. 1986, *Solange II*, comm. V. CONSTANTINESCO, *RTDE* 1987, p. 537.

<sup>3</sup> Voir, pour un exemple de rejet, CE, 14 sept. 2015, n° 389806, *Société NotreFamille.com*.

des juridictions européennes, mais rien que votre place<sup>1</sup>. » (on notera l'ordre habile des termes de la proposition). Cette solution faisait pourtant preuve d'une certaine audace qui n'a pas manqué d'être relevée par les commentateurs<sup>2</sup>. De même, dans l'arrêt *Arcelor*, le Conseil d'État avait veillé à marquer son indépendance par rapport au Conseil constitutionnel et à ne pas apparaître uniquement comme reproduisant servilement la solution dégagée par son voisin. Cette volonté apparaît clairement dans les conclusions, dans lesquelles Mattias Guyomar, après avoir plaidé pour une solution parallèle à celle de l'arrêt *Économie numérique*, appelle immédiatement à ce qu'elle soit adaptée à la spécificité du juge administratif<sup>3</sup> et à ce que le critère de l'identité constitutionnelle soit remplacé par celui de l'équivalence des protections, plus adapté à l'office du juge administratif.

## ii. Outils

Au titre des outils utilisés pour atteindre ces objectifs, la première chose qui frappe l'observateur est la pédagogie utilisée dans les différents arrêts précités. Au vu de la nouveauté des solutions dégagées, et parfois de leur audace vis-à-vis de la Cour de justice, cela n'a rien d'étonnant, mais on peut toutefois d'autant plus s'en réjouir qu'il arrive que d'autres arrêts ne fassent pas preuve d'une telle qualité. Les considérants de principe de chacun de ces arrêts (sans parler des chroniques, qui les explicitent encore davantage) se lisent ainsi comme de véritables modes d'emploi, le Conseil d'État détaillant de manière méthodique toutes les étapes de son raisonnement, par exemple dans l'arrêt *Kandyrine de Brito Paiva* qui élabore « un véritable guide de la bonne conduite à suivre en cas de frictions entre traités internationaux<sup>4</sup> ». L'on peut comprendre cette pédagogie comme s'adressant à la fois aux juridictions inférieures et à ses pairs, notamment européens, dans un souci à la fois d'anticiper toute éventuelle critique et de faire la preuve de sa bonne volonté.

Outre la rigueur, la créativité et le sérieux avec lequel le Conseil d'État se saisit des problèmes (qualités qui ne sont pas propres au contrôle de conventionnalité), les solutions imaginées par le Conseil d'État reposent aussi sur quelques techniques contentieuses de base. D'abord, le mécanisme du transfert, qui permet de transposer un conflit – insoluble – entre deux normes en un conflit – soluble – entre deux autres normes équivalentes. La décision *Arcelor* en est emblématique et a été confirmée depuis, par

---

<sup>1</sup> M. GUYOMAR, concl. sur l'arrêt *Conseil national des barreaux et autres*, préc.

<sup>2</sup> Notamment les chroniqueurs, qui soulignent dans le cadre d'une autre chronique que, si le Conseil d'État « [reste] dans les bornes du mécanisme de la question préjudicielle, [il] pousse loin les possibilités d'interprétation conforme d'une directive à la lumière d'une norme étrangère au droit de l'Union » (X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Le juge administratif, arbitre international ? », art. cité).

<sup>3</sup> « [...] Mais la spécificité de votre position institutionnelle, par rapport à la sienne, impose que vous les adaptiez aux caractéristiques de votre intervention. » (concl. M. GUYOMAR sur l'arrêt *Arcelor*, préc.).

<sup>4</sup> X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Le juge administratif, arbitre international ? », art. cité.

exemple par l'arrêt *Mutagenèse* du 3 octobre 2016<sup>1</sup>. Il faut cependant noter que cette opération n'a rien de neutre : en affirmant que les normes communautaires offrent la même protection que les normes constitutionnelles équivalentes, le Conseil d'État n'énonce pas une vérité objective mais fait œuvre de dogmatique ; que l'on soit ou non d'accord, il importe en tous cas de voir que le Conseil d'État contribue ainsi à la construction vivante du droit.

Le Conseil d'État utilise aussi la technique de l'interprétation conforme, qui consiste à interpréter un acte dans le sens le plus conforme aux objectifs poursuivis par le système juridique en cause ou par la norme de référence à l'aune de laquelle le conflit de normes a été soulevé<sup>2</sup>, interprétation qui permet en général de conclure à la validité de l'acte contrôlé. Le Conseil d'État s'appuie, pour justifier son utilisation de cette technique, sur les invitations en ce sens faites par la CJUE aux États-membres<sup>3</sup>. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Conseil national des Barreaux*, il a interprété la directive communautaire de manière à la rendre conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme nous l'avons déjà souligné (voir *supra*, section I. A. 2), il s'entoure alors de précautions, n'hésitant pas à citer textuellement des éléments d'arrêts de la CJUE pour justifier son interprétation.

Le Conseil d'État n'hésite pas non plus, lorsque le besoin s'en fait sentir, à recourir à des experts extérieurs. Dans l'arrêt *Kandyrine de Brito Paiva*, dont les questions relatives au droit international étaient d'une grande technicité, il a, pour la première fois, fait usage de la possibilité qui lui était ouverte par le décret du 22 février 2010 de recourir à un *amicus curiae*, en la personne de M. Gilbert Guillaume, l'ancien président de la Cour internationale de justice. Cet outil procédural n'est pas propre au contrôle de conventionnalité mais si la tendance à la complexification des procédures se poursuit, il est susceptible d'y trouver un terrain d'application privilégié tant les problèmes qui se posent confinent parfois aux cas d'école les plus pointus du droit international.

## 2. Une hiérarchie des normes de plus en plus complexe

La série *Arcelor – CNB – Kandyrine de Brito Paiva – Société Air Algérie*, pour se limiter à ces quatre décisions emblématiques, le montre bien : la construction de la « hiérarchie des normes » avance progressivement, au gré des situations qui sont soumises au Conseil d'État, confirmant l'intuition de Denys de Béchillon selon laquelle la hiérarchie des normes n'est pas une

---

<sup>1</sup> CE, 3 oct. 2016, n° 388649 ; F. TARLET, G. LÉONARD, « Mutations génétiques et juridiques autour de la décision Arcelor », art. cité.

<sup>2</sup> Voir par exemple la définition donnée par la CJUE dans un arrêt du 26 juin 2007, affaire C-305/0, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres* : « lorsqu'un texte du droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner la préférence à celle qui rend la disposition conforme au traité CE plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celui-ci » (§ 28).

<sup>3</sup> CJCE, 6 nov. 2003 *Lindqvist*, point 87 ; CJCE 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones*, point 28 ; 29 janv. 2008, *Promusicae*, point 68 (cités dans les conclusions sur CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845, *RFDA* 2008, p. 575)

idée platonicienne qu'il conviendrait de mettre au jour, mais un échafaudage progressif, bâti de manière pragmatique au gré des décisions des acteurs politiques et des décisions de jurisprudence<sup>1</sup>. Deux éléments ressortent tout particulièrement : d'abord, le fait que le Conseil d'État consolide par petites touches, au travers de ses différentes décisions, la « pyramide à double sommet » qui est en place depuis déjà une vingtaine d'années (a) ; ensuite, l'idée que la hiérarchie ressemble en réalité de moins en moins à une hiérarchie et qu'il semble plus juste de parler d'ordonnancement – souvent *ad hoc* – des normes (b)).

a) *Consolidation de la pyramide à double sommet*

Avant de questionner l'idée de hiérarchie, il faut d'abord constater que l'enchevêtrement des normes n'en a pas fait totalement disparaître l'idée, du moins dans ses grandes lignes. De manière générale, il faut constater que le Conseil d'État poursuit souvent un objectif d'unité. Quand cela est possible, il affiche le souci de reconstituer une certaine cohérence malgré les torsions auxquelles l'unité du système juridique général est soumise par l'entrechoc entre plusieurs ordres juridiques également exigeants. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Arcelor*, par exemple, Mattias Guyomar rappelle, pour mieux le reprendre à son compte, le souci d'unité qui avait guidé le Conseil constitutionnel dans sa décision *Économie numérique*<sup>2</sup>.

Dans le cadre du contrôle de conventionnalité, cette unité se dédouble toutefois : le Conseil d'État a utilisé les différentes situations de conflits de normes qu'il a eu à résoudre pour confirmer la structure globale de l'ordre juridique sous forme d'une pyramide à double sommet.

D'une part, la confirmation de la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique est constante, même dans les arrêts mettant en jeu les articulations les plus complexes. Dans l'arrêt *Arcelor*, par exemple, les conclusions rappellent que la Constitution « constitue à la fois le sommet de notre pyramide normative et la clef de voûte de notre édifice institutionnel<sup>3</sup> » et se réclament de l'arrêt *Sarran et Levacher* qui a consacré cette suprématie dans l'ordre interne<sup>4</sup> ; surtout, la décision elle-même (tout comme la décision *Économie numérique*) commence par rappeler la suprématie de la Constitution et par reprendre, au début du considérant de principe principal, la formule de ce même arrêt *Sarran et Levacher*<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.* : « Nul n'a jamais vu de réunion au sommet pour décider de la structure normative de l'ordre juridique », dit-il de manière parlante.

<sup>2</sup> Qui avait notamment été salué par Bruno Genevois dans son commentaire de cette décision : « Une approche de ce type a le mérite d'éviter que le souci légitime de chaque État membre d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par sa Constitution ne nuise à l'unité nécessaire du droit communautaire. » (B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA* 2004, p. 651).

<sup>3</sup> Concl. M. GUYOMAR sur l'arrêt *Arcelor*, préc.

<sup>4</sup> Voir aussi l'arrêt *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique* (préc.), qui a confirmé et complété l'arrêt *Sarran et Levacher*.

<sup>5</sup> « Considérant que si, aux termes de l'article 55 de la Constitution, "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle

Plus récemment, les arrêts *Blanc et autres* et *Allenbach*, mentionnés précédemment (voir *supra*, sections I A 1 a) i et I A 1 b) i)), ont également conforté cette place suprême de la Constitution. L'arrêt *Blanc et autres*, en effet, en dégagant la présence d'un écran constitutionnel devant les dispositions des lois organiques qui ne sont que la conséquence nécessaire et inconditionnelle de la Constitution – écran interdisant tout contrôle de conventionnalité –, a permis au Conseil d'État de conforter la vision de la hiérarchie des normes issue de l'arrêt *Sarran et Levacher* : du point de vue de l'ordre interne, les dispositions de ces lois organiques (que nous avons qualifiées de « quasi-constitutionnelles ») sont placées au-dessus des dispositions conventionnelles puisqu'elles échappent à leur contrôle ; c'est donc, *a fortiori*, une confirmation de ce que la Constitution, supérieure à ces lois organiques, l'est toujours elle aussi<sup>1</sup>.

L'arrêt *Allenbach*, plus subtilement, confirme aussi à sa manière la place suprême de la Constitution dans l'ordre juridique. Si l'interprétation qu'en ont fait les commentateurs est exacte, c'est-à-dire si la décision se fonde effectivement sur la définition par la Constitution d'un domaine exclusif pour les règles de procédure législative qui serait le privilège de la Constitution, éventuellement complétée par des lois organiques et par les règlements d'assemblée (mais à l'exclusion des traités, des lois ordinaires et des actes administratifs), et si par conséquent, la définition de la procédure législative par la Constitution, les lois organiques ou les règlements d'assemblée est à l'abri, du point de vue interne, d'atteintes conventionnelles, c'est, du moins en ce qui concerne ce domaine matériel, qu'en cas de conflit, il s'établit une hiérarchie entre les normes constitutionnelles ou para-constitutionnelles (supérieures) et les normes conventionnelles (inférieures). D'une décision probablement d'opportunité comme la décision *Allenbach*, le Conseil d'État tire donc une règle de hiérarchie des normes, de domaine réservé constitutionnel, contribuant ainsi à la complétion de l'ordonnement juridique.

D'autre part, les différentes décisions du Conseil d'État confortent la place prééminente du droit de l'Union européenne dans le système de hiérarchie des normes, certes inférieure à celle de la Constitution du point de vue interne, mais, pour le reste, supérieure à celle de toutes les autres normes.

Tout d'abord, en effet, le droit de l'Union bénéficie, en cas de contrôle de conventionnalité, d'un fondement constitutionnel spécifique : non plus l'article 55, qui a longtemps prévalu, mais l'article 88-1, « fondement propre, apte à singulariser l'originalité de l'intégration européenne<sup>2</sup> ». C'est l'un des apports de l'arrêt *Économie numérique* du Conseil constitutionnel, repris, en ce qui concerne le Conseil d'État, par l'arrêt *Arcelor* : c'est préci-

---

des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie", la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions à valeur constitutionnelle [...]

<sup>1</sup> En ce sens : P. COSSALTER, « Le juge administratif peut contrôler la conventionnalité d'une loi organique », art. cité : « La suprématie de la Constitution dans l'ordre interne est à nouveau affirmée de manière sibylline et par une sorte d'*obiter dictum* procédural. »

<sup>2</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 181.



sément parce que découle de l'article 88-1 de la Constitution « une obligation constitutionnelle de transposition des directives [que] le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles<sup>1</sup> ». Tous les arrêts ultérieurs dans lesquels est en cause un contrôle de conventionnalité impliquant le droit de l'Union européenne reprennent ce fondement spécifique<sup>2</sup>.

Il résulte de cette place particulière, ni tout à fait interne, ni tout à fait externe, un « sort spécifique<sup>3</sup> » qui se manifeste par le biais du contrôle de conventionnalité. En raison de leur primauté et de la proximité des valeurs garanties par les deux ordres juridiques, le Conseil d'État accepte de transposer un grief d'inconstitutionnalité d'un acte de transposition en une question de conformité au regard des normes supérieures du droit de l'Union (décisions *Arcelor* et *Conseil national des Barreaux*). En outre, en vertu du principe d'interprétation conforme du droit national, appliqué dès que cela est possible par le Conseil d'État par souci de cohérence et d'équité, y compris aux situations purement internes<sup>4</sup>, le contrôle de conventionnalité a permis une extension du champ d'application du droit communautaire au-delà de ses frontières strictes<sup>5</sup> (voir *supra*, section I. B. 2).

Le régime privilégié du droit de l'Union se manifeste enfin par comparaison avec le reste du droit international : à l'égard du droit international non écrit, d'abord, auquel le Conseil d'État refuse avec constance l'application du contrôle de conventionnalité : en cas de conflit avec la loi, celle-ci l'emporte. Mais aussi à l'égard des autres conventions internationales, en raison principalement du filtre de l'effet direct, dont le Conseil d'État, on l'a dit, a redéfini les critères en 2012 dans l'arrêt *GISTI-FAPIL*. Le droit européen n'en fait pas trop les frais car, même si l'Union européenne n'a finalement pas encore adhéré au Conseil de l'Europe<sup>6</sup>, les deux ordres juridiques sont assez proches et s'efforcent de ne pas entrer en conflit, les garanties offertes par la Convention européenne des droits valant d'ailleurs principes généraux du droit de l'Union, et surtout car la Convention européenne des droits de l'homme est d'effet direct dans son ensemble. Mais tout le droit européen ne bénéficie pas de ce traitement : l'arrêt *Allenbach* a écarté l'application de la Charte européenne de l'autonomie locale (même s'il n'a pas explicitement statué sur son caractère d'effet direct), et la

---

<sup>1</sup> Arrêt *Arcelor*, préc.

<sup>2</sup> Comme l'arrêt *Conseil national des Barreaux*, l'arrêt *Perreux* (CE, ass., 30 oct. 2009, n° 298348, *Rec. CE* p. 407), pour ne citer que deux exemples célèbres.

<sup>3</sup> M. GUYOMAR, concl. sur l'arrêt *Conseil national des barreaux et autres*, préc.

<sup>4</sup> En vertu du principe « texte unique, interprétation unique » ; voir *supra*, section I. 0. 0. 0.

<sup>5</sup> Extension dont la CJUE s'est elle-même accommodée sans difficulté.

<sup>6</sup> La CJUE ayant rendu un avis négatif (n° 2/2013) sur l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, le 18 décembre 2014.

Charte européenne des droits fondamentaux n'est applicable par le juge administratif que dans les situations de mise en œuvre du droit de l'Union<sup>1</sup>.

Mais à l'égard des autres conventions internationales, la différence est flagrante. Elle apparaît nettement, par exemple, dans les arrêts *Kandyrine de Brito Paiva* et *Société Air Algérie*. Ce sort spécifique, du reste, n'est pas le seul fait du juge national, mais aussi des rappels fermes et réguliers de la Cour de justice. Comme le relatent les chroniqueurs de la décision *Société Air Algérie*<sup>2</sup>, la CJUE avait, peu avant cet arrêt, jugé que la méconnaissance de conventions auxquelles l'Union n'est pas partie ne saurait être utilement invoquée pour contester la validité d'une directive de l'Union européenne<sup>3</sup>, ce qui laisse peu de doutes sur le fait qu'elle s'applique aussi aux actes nationaux de transposition, et sur le sens dans lequel le Conseil d'État serait donc prié de trancher si la question se reposait sans qu'il trouve l'opportunité de l'éluder comme dans l'arrêt *Société Air Algérie*. Contrairement à la configuration *Kandyrine de Brito Paiva* (absence de hiérarchie de normes internationales entre elles), il y aurait là, sinon juridiquement, du moins politiquement, un cas de hiérarchie non solvable dans la conciliation. Pour le moment, le Conseil d'État appliquant sans accroche la suprématie du droit de l'Union, tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes et la Cour de justice n'a pas encore eu besoin de montrer ses muscles. En un sens, la « conciliation » évite aux problèmes de se poser. Mais l'arrêt *Société Air Algérie* montre bien que tôt ou tard, le problème se représentera et que le Conseil d'État n'aura alors d'autre choix, s'il veut rester dans les bonnes grâces de Luxembourg, que d'affirmer explicitement qu'une convention internationale  $\lambda$  a une valeur inférieure au droit européen, preuve que la conciliation n'est pas toute-puissante et que dans les situations limites, le conflit de normes se résout, *in fine*, par la force.

Or une telle situation n'est pas neutre : comme le rappelle un auteur, « lorsque le juge administratif déclare qu'une disposition de droit international est dépourvue d'effet direct, il décide en réalité qu'elle sera totalement privée d'effet juridique<sup>4</sup>. » Denys de Béchillon avançait en 1998<sup>5</sup> que le refus d'accorder une valeur juridique à un nombre important de conventions internationales<sup>6</sup> s'expliquait davantage par des considérations politiques (crainte de voir le prétoire encombré par l'invocation de certains

---

<sup>1</sup> P. CASSIA et S. VON COESTER, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G* 2012, doct. 298 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>2</sup> A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Miscellanées contentieuses », art. cité.

<sup>3</sup> CJUE, décision du 21 décembre 2011, affaire C-366/10, *Air Transport Association of America*.

<sup>4</sup> R. SERMIER, « Le Conseil d'État refuse d'appliquer les dispositions d'un traité international imposant des contraintes procédurales au législateur », art. cité.

<sup>5</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », art. cité.

<sup>6</sup> Même si les décisions récentes ont montré que le Conseil d'État pouvait se montrer assez libéral dans l'application des critères d'effet direct, par exemple l'arrêt *Société Air Algérie* où il a reconnu d'effet direct quatre sur cinq des stipulations internationales invoquées.

droits « préoccupants » ou par des contradictions insolubles) que par la stricte logique juridique qui plaidait plutôt pour que soit conférée l'applicabilité interne aux conventions de protection des droits de l'homme, sauf « grave défaut de précision ou de capacité auto-exécutoire ». Depuis, malgré les vœux de certains conseillers d'État, le Palais Royal semble toujours faire preuve d'une certaine prudence dans la reconnaissance de l'effet direct des conventions internationales<sup>1</sup>. L'arrêt *Allenbach* montre que les considérations politiques ou d'opportunité ne sont toujours pas absentes de la reconnaissance d'un effet juridique aux conventions internationales autres que le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2</sup>, ce que l'on peut, de nouveau, regretter, notamment dans toutes les situations où de telles conventions sont susceptibles de protéger des droits individuels ou de faire contrepoids à des droits concurrents reconnus par des conventions d'effet direct ou des normes nationales<sup>3</sup>.

*b) Peut-on toujours parler de hiérarchie ?*

Si l'on creuse un peu derrière le schéma général d'une hiérarchie des normes à double sommet, il est permis de se demander si la notion même de hiérarchie est encore pertinente (ou du moins, la plus pertinente) pour expliquer l'ordonnancement du système juridique. Évidemment, dans de nombreux cas (par exemple la confrontation la plus simple, celle d'une loi et d'une décision administrative), elle est toujours un facteur d'explication indispensable et incontestable, qui ressurgit d'ailleurs aussi dans les situations limites résistant à la « conciliation »<sup>4</sup>. Mais dans des cas de plus en plus nombreux, le schéma hiérarchique apparaît peu convaincant : parce que tel domaine en est soustrait, parce que la hiérarchie, selon les circonstances, se dédouble telle un hologramme, parce que des opérations de translation transforment un conflit en un autre, parce que des opérations d'articulation parviennent parfois à maintenir deux normes dans une relation non conflictuelle... Ces situations concernent à la fois l'ordre purement interne (que l'on songe par exemple au cas des ordonnances de l'article 38, qui bouscule le schéma de pensée hiérarchique traditionnel) et le domaine où s'entrecroisent l'ordre interne, l'ordre international et l'ordre supranational, c'est-à-dire le terrain de jeu du contrôle de conventionnalité.

---

<sup>1</sup> Voir S. EL BOUDOUHI, « Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », art. cité. Ponctuellement, certaines décisions font cependant preuve d'une assez grande libéralité : dans l'arrêt *Société Air Algérie*, par exemple, le Conseil d'État a admis le caractère d'effet direct de quatre des cinq conventions internationales invoquées ; mais peut-être était-ce parce qu'il savait pouvoir ensuite en écarter l'application par d'autres moyens...

<sup>2</sup> En l'espèce, le Conseil d'État n'a pas explicitement tranché la question de l'effet direct de la Charte européenne de l'autonomie locale, mais s'est arrangé pour lui dénier toute effectivité d'une autre manière.

<sup>3</sup> La Charte sociale européenne, par exemple, n'est toujours pas reconnue d'effet direct, alors qu'elle vise pourtant à protéger des droits individuels.

<sup>4</sup> Comme on le voit dans la décision *Société Air Algérie* (voir *supra*).

L'on évoquera trois situations fournies par la jurisprudence récente dans lesquelles le Conseil d'État semble contribuer à un tel éclatement de la notion de hiérarchie<sup>1</sup>.

La plus évidente est celle où le Conseil d'État raisonne en termes d'articulations pour éviter de parler de conflit et d'attribuer à une norme une valeur supérieure ou inférieure à une autre. On aura reconnu les cas de figure *Arcelor* et *Conseil national des Barreaux*, qui permettent, par l'habile translation du conflit à deux autres normes – elles incontestablement hiérarchisées – de ne pas avoir à expliciter la valeur relative de la Constitution et du droit de l'Union ou du droit de l'Union et du droit international. L'utilisation d'un critère d'articulation plutôt que de hiérarchie apparaît très clairement dans les conclusions sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux* : « S'agissant de l'articulation des normes européennes, l'importance théorique de la décision que vous rendrez doit être soulignée. *La pyramide kelsenienne ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques* [...]. Le pluralisme juridique est une richesse à la condition d'être ordonné. La responsabilité des juges pour *assurer la cohérence entre les réseaux normatifs* est de premier ordre<sup>2</sup>. » Certes, dans de tels cas de figure, une telle articulation est probablement la seule solution possible, ou en tous cas la moins mauvaise. Mais dans cette insistance sur la notion d'articulation et non de hiérarchie, renforcée par diverses publications d'exégèse<sup>3</sup>, il est aussi facile de lire un signal fort envoyé aux juges de Luxembourg pour les rassurer sur l'absence de remise en question de la primauté du droit de l'Union. Le Conseil constitutionnel avait lui aussi pris soin de faire passer le même message lorsqu'il avait souligné, dans sa déci-

---

<sup>1</sup> Voir également la chronique de Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET (« De l'art de contester une loi par des voies détournées », art. cité), qui mentionne quatre « facteur[s] de déformation de la pyramide » : le fait que chaque étage de normes « n'est pas homogène mais se caractérise par une pluralité d'autorités normatives ou de formes normatives » ; les « règles de domaines » ; « la variété des rapports entre les niveaux de norme » ; et « la nature substantiellement différente de chacun des étages que la pyramide ».

<sup>2</sup> Concl. M. GUYOMAR sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux*, préc. Voir aussi, parmi d'autres exemples, l'article de Matthias Guyomar et Denys Simon (« La hiérarchie des normes en Europe », art. cité), citant le conseiller d'État Terry Olson et Paul Cassia (*Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, PUF, 2006, en part. p. 8.) : « L'imbrication des réseaux de normes forme un espace juridique dynamique à l'intérieur duquel l'articulation entre les systèmes repose au premier chef sur les juridictions, chacune dans son propre champ d'intervention. En l'absence de rapports hiérarchisés clairement établis entre les différentes normes applicables, les juges doivent dégager des lignes directrices leur permettant d'assurer une homogénéité d'ensemble du droit applicable. Comme on l'a dit, "il s'agit moins de supériorité que de cohérence, pour assurer l'application uniforme de la règle commune à laquelle les États ont consenti" ».

<sup>3</sup> Voir par exemple l'article précité de M. GUYOMAR et D. SIMON, ou encore celui de D. DE BÉCHILLON (« Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité), pour qui la solution est peut-être tout simplement dans la reconnaissance « qu'il convient d'en finir avec certaines naïvetés » en admettant qu'il n'y plus véritablement une hiérarchie, mais deux points de vue opposés, qu'il s'agit de percevoir « de manière un peu plus lucide et en tout cas plus résignée qu'il y a quelques années » en admettant le « relatif désordre », le « pluralisme ordonné », bref « que la vérité juridique n'est pas de ce monde, que la texture des textes est ouverte, qu'on l'on ne peut pas faire l'économie d'un "moment politique" dans la construction d'une décision de justice [...] ».

sion sur la loi organique régissant la QPC, qu'étaient uniquement en jeu des questions d'articulation temporelle et non de hiérarchie, jugeant « qu'en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; *que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ; qu'ainsi elle ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution ni son article 88-1 [...]*<sup>1</sup> ».

La deuxième situation est celle où la résolution d'un conflit de normes s'explique mieux par la notion de domaine que par celle de la hiérarchie. L'arrêt *Allenbach* en a récemment donné une illustration. Les chroniqueurs autorisés ont bien montré<sup>2</sup> (même si, l'arrêt étant formulé en termes particulièrement laconiques, il est impossible de savoir quelle en était la justification *juridique* réelle, si tant est qu'il y en ait eu une) que le raisonnement en termes de hiérarchie (c'est-à-dire fondé uniquement sur l'article 55 de la Constitution) était inopérant et que la décision s'expliquait surtout par l'existence d'un « domaine exclusif » que la Constitution attribuerait à elle-même, aux lois organiques et aux règlements d'assemblée, c'est-à-dire un domaine matériel dans lequel les traités ne seraient tout simplement pas autorisés à intervenir, hors toute considération de hiérarchie. Autrement dit, contre la tendance de l'esprit humain à parler en termes de supériorité, d'autorité, de degrés de puissance<sup>3</sup>, il ne s'agirait pas de savoir si telle disposition d'un traité est supérieure ou inférieure à telle disposition d'une loi organique, mais simplement, de manière moins conflictuelle, de constater l'existence de sphères de compétence matérielle distinctes et exclusives, si

---

<sup>1</sup> Cons. const., décision n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, *loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, consid. 14 ; voir A. LEVADE, « Priorité n'est pas primauté ou comment articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Constitutions*, 2010, p. 229.

<sup>2</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « De l'art de contester une loi par des voies détournées », art. cité. Voir aussi G. EVEILLARD, « L'absence de droit des administrés à obtenir la sanction d'un agent public », art. cité, qui souscrit à l'idée que la place des lois organiques par rapport aux lois ordinaires est régie « par un principe de compétence et non par un principe hiérarchique ».

<sup>3</sup> L'on songe bien sûr à R. CARRÉ DE MALBERG qui, en son temps, a brillamment théorisé la hiérarchie entre loi et acte administratif, entre fonction législative et fonction exécutive, entre corps législatif et autorités administratives, précisément grâce aux notions de « puissance d'initiative », de « degré de puissance », de « force inhérente », rejetant fermement toute notion de domaine spécial attribué à telle ou telle fonction (*Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vol., Sirey, 1920 et 1922, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, en part. t. I, p. 326-371 et p. 471-512).

bien que si une norme « extérieure » touche à un domaine qui lui est interdit, elle doit être purement et simplement ignorée<sup>1</sup>.

Enfin, l'on trouve un troisième cas d'éclatement de la pyramide traditionnelle dans le récent et important arrêt *Gomez*<sup>2</sup>, que nous analyserons plus en détail ci-dessous (voir *infra*, Partie II). L'apport de cet arrêt en ce qui concerne le rôle du Conseil d'État dans son rapport à la hiérarchie des normes nous semble être qu'au dédoublement classique entre hiérarchie formelle et hiérarchie matérielle (qui, dans le système français, se juxtapose), il ajoute une autre possibilité de dédoublement de hiérarchie entre deux normes identiques : un dédoublement entre hiérarchie matérielle-abstraite et hiérarchie matérielle-concrète. Dans le premier cas (celui résultant du contrôle abstrait de conventionnalité), la norme inférieure résiste à la norme supérieure (en l'espèce, la loi passe avec succès le contrôle de compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme) ; dans le second (celui résultant du contrôle concret de conventionnalité), la même norme inférieure est écartée par la même norme supérieure, parce que son *application* ne résiste pas au test de compatibilité. Cette nouveauté dément l'assimilation qu'avait faite le commissaire du Gouvernement Frydman dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo*<sup>3</sup> entre le contrôle de la correction juridique de la loi (c'est-à-dire de sa validité) et le contrôle de son applicabilité ; assimilation reprise à son compte par Denys de Béchillon quelques années plus tard : « Par où que l'on veuille prendre le problème, "si le juge écarte l'application de la loi, c'est bien en définitive, et quels que soient les méandres du raisonnement suivi, parce qu'il considère que celle-ci ne saurait trouver application du fait de sa contrariété à la Constitution. Il est donc à tout le moins difficile de ne pas voir dans une telle démarche un contrôle exercé sur la validité de la loi". Effectivement. La mise à l'écart de la loi contraire au traité trouve à se fonder dans la supériorité hiérarchique de celle-ci sur celui-là. Et une situation de discordance entre deux normes hiérarchisées n'a jamais porté d'autre nom que celui d'illicéité<sup>4</sup>. » L'on voit depuis l'arrêt *Gomez* qu'une telle situation de discordance entre deux normes hiérarchisées peut au contraire retrouver une double qualification : l'illicéité ou la mise à l'écart ponctuelle.

---

<sup>1</sup> L'explication de l'ordonnancement des normes par la notion de domaine, d'habilitation, de compétence, d'« espace matériel d'intervention normatif », selon l'expression de Jean Combacau, explique aussi des situations internes comme celle des règlements autonomes de l'article 37 : formellement actes administratifs, édictés par un organe inférieur au législateur, au titre d'une fonction dont on ne sait si elle est législative ou exécutive, soumis aux principes généraux du droit mais aussi aux principes constitutionnels en l'absence d'écran législatif, protégés des empiètements de la loi, ces actes hybrides ne trouvent aucune explication intéressante dans la notion de hiérarchie mais apparaissent plutôt comme la simple mise en œuvre d'un domaine réservé par la Constitution (nous remercions le Pr. D. Baranger pour ses explications à ce sujet dans le cadre de son cours « Principes du droit public »).

<sup>2</sup> Préc.

<sup>3</sup> *Rec. CE* 1989, p. 190.

<sup>4</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », art. cité, citant les concl. du l'arrêt *Nicolo*, art. cité.

Il nous semble possible de dégager deux clés de lecture communes à ces différentes situations, qui semblent aujourd’hui davantage guider le Conseil d’État que l’idée de hiérarchie : l’identité constitutionnelle et la protection des droits fondamentaux. L’identité constitutionnelle, en effet (et même si le Conseil d’État l’a définie comme une notion relevant des attributions du Conseil constitutionnel<sup>1</sup>), peut expliquer le cordon de protection tiré par le Conseil d’État dans la décision *Allenbach* autour de la procédure législative, domaine éminemment souverain s’il en est ; en outre, l’arrêt *Arcelor* a jugé que c’est cette notion, sous la forme de son équivalent administratif, qui constitue la limite où l’articulation des normes cède devant leur hiérarchie<sup>2</sup>. La protection des droits fondamentaux, ensuite, car c’est par sa recherche que le Conseil d’État justifie régulièrement ses solutions. Mattias Guyomar et Denys Simon, commentant les arrêts *Arcelor* et *Conseil national des Barreaux*, affirment ainsi que l’articulation entre les systèmes de normes par les cours européennes comme les juridictions nationales est guidée par « deux tendances générales : d’une part, la recherche permanente du niveau de protection des droits les plus élevés et de l’autre, la convergence croissante entre les jurisprudences qu’assure le dialogue, institutionnalisé comme informel, des juges en Europe<sup>3</sup>. » La doctrine souscrit majoritairement à cette idée<sup>4</sup>. De la sorte, une « hiérarchie substantielle de la fundamentalité », « catégorie hors normes, relative et autonome » se juxtaposerait, et, si nécessaire, viendrait déstructurer la hiérarchie des normes formelle traditionnelle<sup>5</sup>. De même que dans le système juridique de la III<sup>ème</sup> République, le Conseil d’État était parvenu à faire en sorte que la hiérarchie des normes n’exerçât pas d’« effet inhibant » sur sa fonction de « protecteur attitré des libertés publiques », le Conseil d’État s’accommode aujourd’hui d’un système d’ordres juridiques imbriqués, de la pluralité de sources de droit garantissant les libertés et droits fondamentaux et des différents conflits de normes que cela implique pour, sinon construire une nouvelle hiérarchie, du moins élever le niveau de protection des administrés<sup>6</sup>.

L’on peut se satisfaire d’une telle approche, qui, au cas par cas, de manière pragmatique, tranche, ordonne, et protège au mieux. Mais l’on peut aussi regretter – sans attribuer la faute originelle au Conseil d’État, qui n’est pour rien dans l’existence et l’imbrication de trois ordres juridiques et à qui l’on ne saurait exagérément reprocher, vu sa délicate position de juge national, d’essayer de trancher les conflits de normes de la manière la plus pro-

---

<sup>1</sup> Décision *Arcelor*, préc.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », art. cité, citant T. OLSON et P. CASSIA, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, PUF, 2006, en part. p. 8.

<sup>4</sup> Voir par exemple D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité : le phénomène d’éclatement du système de hiérarchie « doit d’abord être compris comme une force, une émulation entraînant une meilleure protection des droits fondamentaux ».

<sup>5</sup> E. PICARD, « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6.

<sup>6</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », art. cité.

tectrice et la plus diplomatique possible – que ce dernier semble se désintéresser de la notion de hiérarchie pour se concentrer uniquement sur la protection des droits fondamentaux : à vouloir massivement défendre les droits subjectifs envers et contre toute hiérarchie, à ne jurer que par le dogme de la conciliation, peut-être perd-on corrélativement (du moins, peut-être les observateurs extérieurs, administrés compris, perdent-ils) en intelligence institutionnelle et en compréhension globale du système juridique.



### Conclusion de la Partie I

Que peut-on conclure, au terme de cette première partie de l'analyse, de l'attitude du Conseil d'État dans son application d'un contrôle de conventionnalité bousculé par les attributions concurrentes de ses pairs et soumis à des tensions procédurales fortes ? Le juge administratif suprême apparaît comme un juge qui a su sagement s'autolimiter vis-à-vis de ses homologues tant nationaux que supranationaux, gagnant ainsi leur confiance, mais qui pour autant est loin de rester purement passif : saisissant à bras le corps des problèmes toujours plus complexes, il tente de démêler l'écheveau des normes et d'assurer une mise en cohérence des différents systèmes, imposant par là sa vision de l'ordre juridique ; il profite de la position centrale dans laquelle il se trouve placé et du crédit gagné par son attitude constructive pour tenter d'influer sur l'élaboration du droit ; il veille, enfin, à déployer au maximum sa marge d'initiative pour affirmer son indépendance et consolider son rôle et son contrôle.

Devant les belles constructions juridiques que sont les arrêts *Arcelor*, *Conseil national des Barreaux*, *Metro Holding* ou *Jacob* et « la part déterminante des juges<sup>1</sup> » dans la recomposition d'un ensemble juridique ordonné, le discours « officiel » du Conseil d'État est teinté d'optimisme, de satisfaction et de foi dans le dialogue. Pour une large part, il faut se joindre à cette satisfaction. Mais l'on ne peut s'empêcher d'éprouver une certaine circonspection devant ce langage officiel, dont l'enthousiasme pour la conciliation est si marqué que l'on croirait presque entendre, pour paraphraser Hauriou, que la conciliation « comprend tout, explique tout, organise tout<sup>2</sup> », et que l'on en vient à penser que la coopération n'est pas seulement une technique utile et nécessaire mais un véritable dogme<sup>3</sup>. Certes, il est difficile de nier que la complexité du système juridique rend indispensable le « dialogue des juges », que, sur le plan de la technique contentieuse, le Conseil d'État a brillamment résolu des problèmes qui paraissaient insolubles, que le dialogue est de manière générale préférable à la guerre et que la conciliation avec la juridiction communautaire a notamment pour vertu (ce n'est pas la moindre) d'assurer au juge national une certaine influence dans la construction du droit. Mais il est gênant de constater que la « loyale coopération<sup>4</sup> » et la guerre sont souvent présentées comme un choix binaire, comme pour agiter un épouvantail, toute attitude pouvant risquer de passer pour de la méfiance ou pour une volonté d'empiètement sur les compétences des cours européennes devant à tout prix être évitée, et toute critique relative

---

<sup>1</sup> M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », art. cité.

<sup>2</sup> « La personnalité juridique comprend tout, explique tout, organise tout » (M. HAURIU, *Principes de droit public*, Sirey, 1910, rééd. Dalloz, coll. « Bibl. Dalloz », 2010).

<sup>3</sup> Voir par exemple les formules « choc » du vice-président Sauvé : « Dans un monde de pluralisme juridique, il n'est de salut que dans le dialogue et la coopération. [...] La coopération est une responsabilité, un devoir pour les juges. » (J.-M. SAUVÉ, « Le contrôle de constitutionnalité en Europe », art. cité).

[http://www.conseil-  
Etat.fr/content/download/2509/7555/version/1/file/intervention\\_ouverture\\_vp\\_feja\\_190520  
11.pdf](http://www.conseil-Etat.fr/content/download/2509/7555/version/1/file/intervention_ouverture_vp_feja_19052011.pdf)

<sup>4</sup> M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », art. cité.

par exemple à la réalité de l'équivalence des protections, donc à la neutralité des transferts de souveraineté juridictionnelle, étant balayée d'un revers de main<sup>1</sup>. Au-delà de la conviction personnelle des juges pour les bienfaits du dialogue et de la coopération – qu'encore une fois, il ne s'agit pas de nier –, la crainte de passer pour un mauvais élève et la concurrence avec les autres juridictions semblent aussi expliquer, au moins pour une part, la politique jurisprudentielle du Conseil d'État, raisons moins avouables et moins bonnes conseillères. Or, tant que les enjeux sont purement procéduraux, ces craintes restent assez limitées. Mais si l'on examine l'articulation des jurisprudences, c'est-à-dire les rapports de fond entre les décisions du Conseil d'État et de ses pairs en matière de contrôle de conventionalité, l'on constate qu'en dépit d'un bilan globalement positif, ces craintes ne sont peut-être pas totalement injustifiées.

---

<sup>1</sup> Alors que cette équivalence n'a rien d'objectif. Voir sur ce sujet F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012, p. 307.

**PARTIE II**  
**LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ,**  
**UN OUTIL AU SERVICE DU DIALOGUE DES JURISPRUDENCES**

Dans le cadre de son positionnement vis-à-vis des jurisprudences développées par ses pairs (Conseil constitutionnel, Cour de cassation, CJUE et CEDH), le Conseil d'État s'est vu confronté à la même problématique que celle qui s'était posée à lui dans le cadre du dialogue des juridictions, sous l'angle procédural : les jurisprudences de la CJUE et de la CEDH se sont beaucoup développées et leur respect s'est imposé au Conseil d'État de manière de plus en plus pressante ; la situation s'est complexifiée à mesure que la jurisprudence constitutionnelle a pris de l'ampleur en France, celle-ci s'imposant également au Conseil d'État et n'étant pas toujours conforme aux solutions européennes ; enfin, l'aiguillon de la Cour de cassation était, comme toujours, présent pour rappeler au Conseil d'État la fragilité de sa légitimité.

Là encore, le Conseil d'État ne pouvait pas raisonnablement faire courir à la France le risque de trop nombreuses condamnations. Mais devant les risques multiples (et avérés) de dissonances jurisprudentielles<sup>1</sup>, il aurait pu être tenté d'avancer à reculons, arqué sur le corpus juridique français, ou de baisser les bras en subissant passivement les contradictions de jurisprudence. Or, bien au contraire, il a, sous cet angle aussi, saisi le moyen du contrôle de conventionnalité pour se positionner habilement du point de vue matériel par rapport à ses pairs. C'est encore la voie du dialogue qu'il a choisie d'emprunter, assimilant progressivement, d'abord bon gré, mal gré, puis de manière de plus en plus proactive, les solutions dégagées à Strasbourg ou à Luxembourg, si bien qu'on a pu dire que « sous couvert [...] de plein ralliement à la dynamique de communautarisation du droit, il se pourrait bien que le Conseil d'État, à travers des renvois préjudiciels en rafale, développe de véritables stratégies pour ré-influencer à son tour la jurisprudence des juges du plateau de Kirchberg<sup>2</sup> ». Comme on le montrera, les enjeux de concurrence et d'influence ne sont en effet jamais très loin sous la surface du dialogue. En tout état de cause, ce positionnement s'est là encore accompagné d'un discours très construit sur le dialogue et la conciliation.

Au-delà de la simple obligation de s'aligner sur Strasbourg et Luxembourg, le Conseil d'État a compris le parti qu'il pouvait tirer de l'adhésion pleine et entière au « dialogue des juges ». S'il a accepté, non seulement de s'autolimiter sagement dans le cadre des articulations procédurales mais aussi de s'ouvrir peu à peu à la jurisprudence de ses homologues européens, gagnant ainsi ses galons de « bon élève », c'est aussi parce que cela lui a permis d'approfondir son contrôle sur l'Administration en renouvelant des pans entiers de sa jurisprudence. Le Conseil d'État a trouvé là une source de

---

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité : « la possibilité d'une dysharmonie des jugements de la loi est inscrite comme un fait dans le marbre de la construction européenne tant qu'elle n'a pas débouché sur la création d'un État proprement fédéral. »

<sup>2</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 110.

rajeunissement de son office traditionnel de protecteur des droits et libertés, renforçant d'autant sa légitimité. Au nom de la protection des droits et libertés fondamentaux, c'est aussi sa liberté par rapport à la loi que le Conseil d'État a approfondie, développant une jurisprudence de plus en plus décomplexée et n'hésitant pas à interpréter la volonté du législateur de façon très constructive.

L'arrêt *Gomez*, déjà rencontré sous l'angle de l'extension formelle du contrôle de conventionnalité (voir *supra*, Partie I, section I. B. 3), est typique de ces évolutions. La décision a fait grand bruit : on sait que le Conseil d'État, reprenant une évolution amorcée par la Cour de cassation trois ans plus tôt, a introduit dans son office de juge du contrôle de la conventionnalité des lois un aspect complémentaire : il ne s'est pas contenté de juger de la compatibilité *in abstracto* de la loi avec la Convention européenne des droits de l'homme mais a aussi poursuivi ce contrôle par une appréciation des effets *in concreto* de l'*application* de la loi sur la requérante, qui l'a en l'espèce conduit à constater une ingérence excessive de l'Administration dans le droit au respect de sa vie privée. M<sup>me</sup> Gomez, veuve espagnole souhaitant poursuivre le projet parental décidé avec son défunt mari, demandait l'exportation des gamètes de ce dernier vers l'Espagne, où l'insémination *post mortem* est autorisée. Le Conseil d'État, dérogeant à l'interdit absolu érigé par le code de la santé publique si les conditions posées par l'ordre public français (notamment que les deux membres du couple soient vivants) ne sont pas remplies, a donc enjoint à l'AP-HP de procéder au transfert des gamètes.

L'utilisation du contrôle de conventionnalité au service du dialogue des jurisprudences, et, en particulier, le nouveau contrôle de conventionnalité *in concreto* de l'arrêt *Gomez*, peuvent donc être analysés sous un double prisme : d'abord, comme un outil de renouvellement dans la protection des droits fondamentaux (I.) ; ensuite, comme un outil d'émancipation du juge administratif face à la loi (II.).

### ***I. Le contrôle de conventionnalité, un outil de renouvellement dans la protection des droits fondamentaux***

En 1989, l'acceptation par le Conseil d'État de sa nouvelle mission de contrôle de la conventionnalité des lois françaises, qui remettait en cause des notions fondamentales comme la supériorité de la loi et la souveraineté parlementaire, n'est pas allée sans réticence ni résistance<sup>1</sup>, mais le Conseil d'État a rapidement compris le parti qu'il pouvait tirer de ce nouvel outil pour approfondir son contrôle sur l'Administration et, ce faisant, améliorer la protection des droits fondamentaux. Les normes de référence du contrôle de conventionnalité, pourtant, n'étaient pas, dans l'ensemble, particulièrement novatrices par rapport aux normes de contrôle (constitutionnelles ou législatives) dont disposait déjà le Conseil d'État et aux principes généraux qu'il avait lui-même dégagés au fil des ans pour encadrer l'action administrative<sup>2</sup>. Mais au-delà des textes *stricto sensu*, c'est surtout l'interprétation de ces normes communautaires et européennes qui s'est révélée constructive, la CJUE et la CEDH ayant embrassé dès le départ une conception dynamique de leur office, voulant faire des normes dont elles assuraient la protection des instruments vivants et les actualisant sans cesse par des interprétations prétoriques très constructives, ajoutant à la lettre des textes tout un ensemble de droits et d'obligations supplémentaires.

C'est par une conversion – non sans heurts – à l'autorité de cette jurisprudence et à une logique de dialogue et d'intégration que le Conseil d'État a pu, notamment grâce au contrôle de conventionnalité, renouveler des traditions jurisprudentielles anciennes et ainsi réévaluer des pans entiers de l'action administrative (A.). Ce processus de renouvellement et de renforcement, au-delà de ses purs aspects de contrôle de l'Administration, est justifié par le Conseil d'État par tout une rhétorique de la protection des droits fondamentaux, derrière laquelle on perçoit des enjeux de concurrence juridictionnelle et de positionnement à l'égard de ses pairs européens et internes (B.).

Chacun de ces deux aspects éclaire de manière tout à fait intéressante le nouveau contrôle de conventionnalité *in concreto* instauré par l'arrêt *Gomez*. Alors que les nombreuses réactions que celui-ci a suscitées peuvent pour partie prêter à confusion et amener, *prima facie*, à penser qu'il s'agit là d'une œuvre particulièrement novatrice, d'une révolution jurisprudentielle, pour caricaturer un peu le trait, cette nouveauté doit être tempérée : au point de vue procédural, nous avons déjà vu (voir *supra*, Partie I, section I. B. 3) que cet arrêt ne constituait qu'une pierre (importante) de plus dans la construction d'un office complet de contrôle de conventionnalité. Au point de vue matériel également, si l'on rattache cet arrêt aux évolutions que l'on vient de mentionner (renforcement du contrôle sur l'Administration et justi-

---

<sup>1</sup> Voir J.-M. SAUVÉ, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolò », art. cité, et M. LONG, « Genèse de la décision Nicolò », *AJDA* 2014, p. 100.

<sup>2</sup> C'est d'ailleurs l'un des facteurs qui expliquent que la France ait mis si longtemps à ouvrir le recours individuel à la CEDH : non sans une certaine condescendance, elle estimait certainement qu'en tant que patrie des droits de l'homme, elle n'avait pas grand-chose à apprendre en la matière, ni les administrés à retirer, d'une jeune institution comme la CEDH.

fication par la protection des droits fondamentaux), il apparaît que le Conseil d'État a, pour une large part, fait œuvre de continuité.

#### *A. Le renouvellement du contrôle sur l'Administration*

En ce qui concerne le renforcement du contrôle du juge administratif sur l'Administration, deux évolutions nous semblent particulièrement révélatrices du renouvellement des traditions propres au juge national par l'intégration de la jurisprudence et des méthodes du juge européen : d'une part, le mouvement d'intensification et d'extension du contrôle de l'action administrative (1.), et d'autre part, l'accent croissant mis sur les effets de l'action administrative sur les administrés (2.). Le contrôle de conventionnalité *in concreto* porte la trace de chacune de ces deux évolutions, ce qui tempère sa nouveauté et le fait, *a posteriori*, davantage apparaître comme une évolution prévisible de la jurisprudence administrative que comme une mutation imprévue du contrôle de conventionnalité.

### **1. L'extension et l'intensification du contrôle du juge**

L'un des éléments qui a attiré l'attention de la doctrine publiciste est que l'arrêt *Gomez* instaure un contrôle de l'Administration alors même que celle-ci se trouve en situation de compétence liée, cette compétence liée décollant qui plus est de la loi et non d'un texte administratif : « On peut observer [...] que dans tous les cas, [le contrôle de proportionnalité] s'exerce sur des actes que la loi donnait à une autorité administrative le pouvoir de prendre (notamment mesure de police, déclaration d'utilité publique, contrôle des concentrations, sanction disciplinaire). Ici il s'est exercé sur une mesure que la loi refusait à l'autorité administrative le pouvoir de prendre<sup>1</sup>. » En l'espèce, en effet, les dispositions du code de la santé publique applicables à la demande de M<sup>me</sup> Gomez étaient parfaitement claires et univoques : pour pouvoir bénéficier d'une autorisation d'exporter les gamètes de son mari, il fallait, sans marge de manœuvre possible pour l'AP-HP, que ces gamètes soient destinés à être utilisés dans les conditions régissant l'assistance médicale à la procréation telles que prévues par le code de la santé publique, notamment que les deux membres du couple soient vivants. Ce critère n'étant pas rempli, l'AP-HP n'avait d'autre choix, en application du code de la santé publique, que de refuser la demande d'exportation. On peut dès lors s'étonner que le Conseil d'État ait jugé inconstitutionnelle une mesure qui, en application de la loi, ne pouvait être différente.

Cependant, la soumission de l'Administration au contrôle du juge administratif dans le cadre d'une compétence liée n'est pas si surprenante qu'elle peut le paraître au premier abord. On peut la rattacher aux traditions nationales du juge administratif (a)), revivifiées par l'apport de la jurisprudence européenne (b)). Elle n'est ainsi que la dernière illustration du mouvement de renforcement du contrôle du juge administratif sur l'Administration.

---

<sup>1</sup> P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité.

a) *Racines anciennes*

Dans l'histoire « ancienne » du droit administratif, avant même que le juge administratif ne se saisisse du contrôle de conventionnalité et que celui-ci prenne l'ampleur que l'on sait, le Conseil d'État n'a eu de cesse d'accroître l'emprise de son contrôle sur l'Administration, d'une part en réduisant les poches échappant à tout contrôle, et d'autre part en intensifiant la nature de ce contrôle. Conscient dès l'origine qu'il y jouait sa légitimité, voire sa survie (Hauriou rappelait ainsi en 1897 que le Conseil d'État « doit se pénétrer de cette idée que, si sa compétence s'étend sur certaines affaires, c'est pour qu'il les juge, [non pour] supprimer toute espèce de justice quant au fond<sup>1</sup> »), le Conseil d'État a su toutefois tirer parti de sa proximité avec l'Administration française pour constamment jauger le seuil d'acceptabilité de ses audaces jurisprudentielles et en adapter le rythme en conséquence ; cette prudence n'a toutefois pas empêché une extension inexorable de son contrôle et la disparition progressive des bastions d'illégalité potentielle de l'Administration. Cette évolution a d'ailleurs trouvé son pendant dans l'évolution parallèle du principe de responsabilité, jumeau du principe de légalité. En cette matière, en effet, le juge administratif n'a également eu de cesse de réduire petit à petit, d'une part le périmètre d'irresponsabilité de l'Administration (en étendant la responsabilité à toutes les personnes administratives et à la quasi-totalité des activités étatiques), d'autre part le champ du régime atténué de responsabilité en application duquel seule une faute lourde est de nature à engager la responsabilité administrative (en passant d'une analyse activité par activité à une analyse acte par acte et en faisant reculer les causes d'atténuation de la responsabilité)<sup>2</sup>.

L'approfondissement de longue date du contrôle du juge est particulièrement clair en matière de contrôle des mesures de police, domaine par excellence où l'action de l'Administration, potentiellement attentatoire aux libertés, doit être étroitement surveillée. Le contrôle du juge administratif s'est depuis toujours fondé sur un principe de conciliation<sup>3</sup> entre la protection de l'ordre public, d'une part, et les droits et libertés affectés par les mesures de police, d'autre part. En matière de police générale, cette conciliation s'est traduite par les trois critères classiques d'adaptabilité, de nécessité et de proportionnalité qui, sans être inscrits comme tels dans le marbre, ont été appliqués avec constance par le juge administratif depuis les arrêts fondateurs *Moret*<sup>4</sup>, *Abbé Olivier*<sup>5</sup> puis *Benjamin*<sup>6</sup>, jusqu'à de récentes affaires médiatiques comme l'affaire *Dieudonné*<sup>7</sup>. Même si ce n'est que récemment,

---

<sup>1</sup> M. HAURIU, note sous T. confl., 4 juill. 1896, *Bergeon* : S. 1897, III, p. 22 (cité par B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 627).

<sup>2</sup> Voir en part. J.-P. DUBOIS, « Responsabilité pour faute », *Rép. Dalloz*, 2014 (actualisation 2016).

<sup>3</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 809 sq.

<sup>4</sup> CE, 5 août 1908, *Rec. CE* 1908, p. 858.

<sup>5</sup> CE, 19 févr. 1909, *Rec. CE* 1909, p. 181.

<sup>6</sup> CE, 19 mai 1933, *Rec. CE* 1933, p. 541.

<sup>7</sup> CE, 6 févr. 2015, n° 387726, *Commune de Cournon d'Auvergne*.

sous l'influence de la jurisprudence constitutionnelle et européenne, que cette méthode de conciliation et ces trois critères ont été plus clairement explicités<sup>1</sup>, le juge les appliquait déjà de sa propre initiative, quoique sans luxe d'explication, depuis longtemps ; la jurisprudence de ses pairs a surtout joué un rôle de révélateur<sup>2</sup>. Ces critères, notamment celui de la nécessité, ont en particulier fréquemment conduit le juge à censurer les interdictions trop systématiques, trop générales, trop absolues édictées par les autorités administratives : on trouve des exemples de censure de telles interdictions dès les débuts<sup>3</sup>, puis tout au long<sup>4</sup> du XX<sup>e</sup> siècle.

En matière de police spéciale, l'approfondissement du contrôle est encore plus clair. Au lieu de se borner à accorder un blanc-seing à l'Administration sous prétexte qu'en cette matière, elle est généralement en situation de pouvoir discrétionnaire ou à l'inverse de compétence liée, le juge administratif a au contraire progressivement cherché – et trouvé – des moyens de « compense[r] l'impossibilité de son contrôle de nécessité<sup>5</sup> » en restreignant la marge de manœuvre de l'Administration par des voies latérales : lorsque l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'État a, dès 1973, décidé de contrôler l'erreur manifeste de l'appréciation portée par l'autorité administrative sur le point de savoir s'il y a ou non une menace à l'ordre public<sup>6</sup>, et il vérifie également la nécessité et la proportionnalité des textes administratifs institutifs d'une police spéciale, par exemple en censurant, en 1978, un décret instaurant une interdiction générale, absolue et permanente d'affichage<sup>7</sup> ; à l'inverse, lorsque l'Administration se trouve en situation de compétence liée, l'exemple typique en la matière étant la police des étrangers, le juge cherche là encore depuis longtemps un moyen d'exercer un certain contrôle, et s'est engagé depuis déjà plusieurs décennies dans un contrôle entier des *conditions* permettant de prononcer une expulsion ou du choix du pays de destination<sup>8</sup>, mais aussi dans un contrôle, d'abord limité à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, des *motifs* d'ordre public conduisant à l'expulsion d'un

---

<sup>1</sup> Voir notamment l'arrêt CE, ass., 21 déc. 2012, n° 353856, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, Société Numericable et Société Parabole Réunion*, Rec. CE p. 430, qui a clarifié le triple test de proportionnalité en énonçant que les mesures prises par les autorités administratives doivent être « adaptées, nécessaires et proportionnées ».

<sup>2</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 809-810.

<sup>3</sup> Par ex. CE, 13 juin 1913, *Castillon du Perron*, Rec. CE 1913, p. 658, ou CE, 5 nov. 1924, *Marteau*, Rec. CE 1924, p. 854.

<sup>4</sup> CE, 5 févr. 1960, *Cne de Mougins*, Rec. CE 1960, p. 83.

<sup>5</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 813-815.

<sup>6</sup> CE, ass., 2 nov. 1973, n° 82590, *SA « Librairie François Maspéro »*, Rec. CE 1973, p. 611.

<sup>7</sup> CE, 17 févr. 1978, n° 02671, *Union des syndicats nationaux des cadres et techniciens d'affichage et de publicité extérieure*, Rec. CE 1978, p. 80 (cité par B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 814).

<sup>8</sup> CE, ass., 18 mars 1955, *Hamou dit Paci*, Rec. CE 1955, p. 168 ; CE, ass., 6 nov. 1987, n° 65590, *Buayi*, Rec. CE 1987, p. 48 (cité par B. Plessix, *Droit administratif général*, op. cit., p. 815).



étranger<sup>1</sup>. Les récentes décisions relatives aux mesures administratives prises sous le régime de l'état d'urgence montrent que l'approfondissement du contrôle du juge touche désormais même les périodes d'exception.

On le voit, le Conseil d'État n'a attendu ni le contrôle de conventionnalité ni son développement sous l'effet de l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme pour chercher à enserrer l'action de l'Administration dans un cadre toujours plus étroit. Ces deux outils ont pourtant donné un nouveau souffle à son contrôle.

#### *b) Renouveau par le droit européen*

Le contrôle de conventionnalité a permis au juge de franchir des étapes supplémentaires dans l'approfondissement continu de sa « tutelle contentieuse<sup>2</sup> » sur l'Administration. C'est en particulier la Convention européenne des droits de l'homme, de plus en plus invoquée par les requérants, et l'assimilation progressive de sa jurisprudence par le Conseil d'État qui a permis ce renouvellement, se révélant un outil extrêmement puissant de renforcement du contrôle juridictionnel, notamment sur les mesures administratives et judiciaires portant atteinte aux droits et libertés<sup>3</sup>.

Le droit des étrangers, qui, on vient de le voir, était déjà un terrain d'expérimentation privilégié pour le juge administratif, est l'un des domaines « dans lesquels la thématique des libertés et des droits fondamentaux a permis un remarquable approfondissement du contrôle exercé sur les décisions de l'administration<sup>4</sup> ». Traditionnellement réservé quant au contrôle des motifs pouvant justifier l'expulsion d'un étranger ou son refus d'admission, puis ayant admis de sa propre initiative le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des motifs d'ordre public d'une telle décision, le Conseil d'État « s'est finalement engagé dans la voie d'un entier contrôle des motifs des décisions prises à l'égard des étrangers<sup>5</sup> » par une série de décisions importantes, depuis les années 1970 et surtout au cours des années 1990 : d'abord en contrôlant si la présence en France d'un ressortissant communautaire constituait une menace de nature à justifier légalement un

---

<sup>1</sup> CE, 3 févr. 1975, *Min. de l'Intérieur c. Pardov*, n° 94108, *Rec. CE* p. 83.

<sup>2</sup> Selon l'expression du président Romieu dans ses conclusions sur l'affaire *Jacquin* (CE, 30 novembre 1906, *Jacquin*, S. 1907, 3, p. 19).

<sup>3</sup> Pour un panorama général, voir par ex. J.-M. SAUVÉ, « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen », conférence à l'Université Jagellonne de Cracovie, 22 oct. 2012 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-dynamique-de-protection-des-droits-fondamentaux-en-droit-national-et-en-droit-europeen>), ou *id.*, « Justice administrative et État de droit », intervention devant l'Institut d'études judiciaires Université Panthéon-Assas, 10 févr. 2014 ([http://www.conseil-Etat.fr/content/download/3877/11659/version/1/file/2014\\_02\\_10\\_justice\\_administrative\\_et\\_at\\_droit1902.pdf](http://www.conseil-Etat.fr/content/download/3877/11659/version/1/file/2014_02_10_justice_administrative_et_at_droit1902.pdf)).

<sup>4</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », art. cité.

<sup>5</sup> *Ibid.*

refus de titre de séjour ou d'abrogation d'un arrêté d'expulsion<sup>1</sup>, puis, par les importants arrêts *Babas* et *Belgacem*<sup>2</sup>, s'appuyant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit au respect de la vie privée, en contrôlant la *proportionnalité* entre l'atteinte portée par des mesures de police à la vie familiale de l'étranger et les intérêts publics motivant une mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière. Une série d'arrêts, toujours fondés sur la Convention européenne des droits de l'homme, ont ensuite étendu cette brèche aux décisions de refus de titre de séjour, de refus de visa ou de refus d'abrogation d'un arrêté d'expulsion. Par ailleurs, de manière autonome mais certainement grâce au rôle émancipateur joué par le contrôle de conventionnalité et la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État a relevé le niveau de contrôle exercé sur le motif d'ordre public à un contrôle normal, lorsqu'est en jeu un droit ou une liberté<sup>3</sup>.

De manière générale, ce sont des pans entiers du contrôle du juge administratif qui, par vagues successives, ont été réévalués à l'aune des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme : le contrôle de l'organisation des procédures juridictionnelles à l'aune des exigences du procès équitables protégées par l'article 6 (avec l'extension des juridictions concernées et l'approfondissement du contrôle sur les sanctions prononcées<sup>4</sup>), la protection des biens à l'aune de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention protégeant le droit de propriété (strict contrôle de proportionnalité sur l'ingérence de l'Administration ou du législateur dans la jouissance des biens par les individus<sup>5</sup> et des lois de validation<sup>6</sup>), les mesures pénitentiaires à l'aune de l'article 2 et de l'article 3 de la Convention protégeant le droit à la vie et interdisant les traitements inhumains ou dégradants (notamment par la restriction du champ des mesures d'ordre intérieur<sup>7</sup>, l'instauration d'un contrôle rigoureux de nécessité et de proportionnalité, et l'imposition à l'Administration d'obligations positives de pro-

---

<sup>1</sup> CE, ass., 21 janv. 1977, *Min. de l'intérieur c. Dridi*, *Rec. CE* p. 38 ; CE, ass., 13 mai 1977, *Perregaux*, *Rec. CE* p. 216.

<sup>2</sup> CE, ass., 19 avril 1991, n° 107470, *Belgacem*, *Rec. CE* p. 152 ; CE, 19 avril 1991, n° 117680, *Mme Babas*, *Rec. CE* p. 162.

<sup>3</sup> CE, sect., 17 oct. 2003, *Bouhsane*, *Rec. CE* p. 413.

<sup>4</sup> CE, ass., 14 févr. 1996, n° 132369, *Maubleu*, *Rec. CE* p. 34 ; CE, ss-sect., 30 déc. 2003, n° 251120, *Beausoleil et Mme Richard*, *Rec. CE* p. 531 ; CE, ass., 3 déc. 1999, n° 207434, *Didier*, *Rec. CE* p. 399 ; CE, sect., 27 oct. 2006, n° 276069, *Parent*, *Rec. CE* p. 454.

<sup>5</sup> CE, ass., 30 nov. 2001, *Min. de la défense c. M. Diop*, préc. ; CE, ass., 11 juill. 2001, n° 219312, *Ministre de la défense c. Préaud*, *Rec. CE* p. 345 ; CE, sect., 3 juill. 1998, n° 158592, *M. Bitouzet*, *Rec. CE* p. 288.

<sup>6</sup> CE, 23 juin 2004, n° 257797, *Société Laboratoire Genévrier*, *Rec. CE* p. 256 ; CE, ass., 11 juill. 2001, *Ministre de la défense c. Préaud*, préc. ; CE, avis, ass., 27 mai 2005, *Provin*, préc.

<sup>7</sup> CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290730, *Garde des Sceaux, min. de la justice c. Boussouar*, *Rec. CE* p. 495 ; n° 290420, *Planchenault*, *Rec. CE* p. 474 ; n° 306432, *Payet*, *Rec. CE* p. 498.

tection de la vie des détenues<sup>1</sup>) ou encore, plus récemment, le traitement des données personnelles à l'aune de l'article 8 protégeant le droit au respect de la vie privée<sup>2</sup>.

Beaucoup de ces décisions ont été rendues sous l'angle du contrôle de conventionnalité et se sont plus ou moins directement inspirées de la jurisprudence de la CEDH, mais elles rejoignent en ligne directe, en en décuplant les effets, les évolutions qui avaient déjà été amorcées de lui-même par le juge administratif. Cette filiation a d'ailleurs été régulièrement soulignée pour prévenir les réticences à l'encontre de telle ou telle évolution de jurisprudence apparemment audacieuse. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Babas et Belgacem*, par exemple, Ronny Abraham rassurait ainsi la formation de jugement : « il nous semble que la démarche intellectuelle de la juridiction européenne n'est pas étrangère à vos propres techniques de contrôle, et que rien ne s'oppose à ce que vous l'adoptiez dans la matière considérée. Vous pratiquez le contrôle de proportionnalité depuis plus d'un demi-siècle à l'égard des mesures de police qui restreignent l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale et il n'y a donc rien dans les raisonnements de la Cour de Strasbourg qui soit de nature à vous déconcerter<sup>3</sup>. » Retrouvant le fil de sa ligne jurisprudentielle sur la protection des libertés collectives, le Conseil d'État a ainsi pu avancer « sur un terrain sûr : il disposait [...] d'une technique d'approche éprouvée qui lui permettait de concilier sa jurisprudence avec celle des organes européens<sup>4</sup>. »

De cette évolution, l'on peut en particulier retenir quelques éléments saillants en ce qui concerne le contrôle sur l'Administration : l'accroissement du contrôle même lorsque l'Administration est dotée d'un pouvoir discrétionnaire ; l'application du contrôle de proportionnalité non plus seulement aux textes administratifs institutifs d'une police spéciale, mais aussi aux mesures découlant directement de la loi elle-même lorsqu'elle porte atteinte à des droits ou libertés, donc, indirectement, à la loi ; la mise à la charge de l'Administration d'obligations positives.

\*

Au terme de ce bref panorama, aussi bien pré- que post-*Nicolo*, il apparaît plus clairement que le contrôle de conventionnalité *in concreto* instauré officiellement par l'arrêt *Gomez*, loin d'être une nouveauté révolutionnaire, se rattache à un mouvement beaucoup plus vaste et ancien d'approfondissement du contrôle que le juge administratif exerce sur l'Administration. On retrouve en effet dans la décision *Gomez* (qui concerne une matière de police spéciale, celle relative au contrôle de l'utilisation des

---

<sup>1</sup> CE, 17 déc. 2008, n° 305594, *Section française de l'observatoire international des prisons*, JCP G 2009, 2, 10049, 1<sup>ère</sup> esp.

<sup>2</sup> Sur l'ensemble de cette évolution, voir J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », art. cité.

<sup>3</sup> Concl. R. Abraham sur les arrêts *Babas et Belgacem* préc., *Rec. CE* p. 152.

<sup>4</sup> F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », *AJDA* 1991, p. 551.

éléments du corps humain) plusieurs des traits identifiés ci-dessus : la censure d'un texte trop général, trop absolu, applicable à tous sans tenir compte des circonstances particulières, en l'espèce une loi (à rapprocher de la censure des textes institutifs de police spéciale trop généraux et absolus) ; le contrôle de proportionnalité indirectement appliqué à la loi, sous couvert du contrôle de la mesure administrative qui en découle (technique déjà utilisée dans l'arrêt *Bitouzet*) ; la création indirecte d'une obligation positive à la charge de l'Administration de vérifier, dans toutes les situations, si l'application de la loi ne crée pas une atteinte concrète au droit à la vie privée (à rapprocher des obligations positives mises à la charge de l'État dans d'autres domaines, par exemple dans l'arrêt *Observatoire international des prisons*) ; et l'indifférence toujours plus complète au fait que l'Administration se trouve en situation de compétence liée. En replaçant ainsi l'arrêt dans les évolutions relatées ci-dessus, on comprend que l'arrêt, malgré les nouveautés qu'il comporte, est d'abord fondé sur un terreau ancien, familier au juge administratif, qui a peut-être inconsciemment facilité l'orientation de la décision dans le sens qui a été le sien.

On ne saurait nier, cependant, les spécificités propres à l'arrêt *Gomez*, en particulier la systématisation et la généralisation du contrôle *in concreto*, que nous analyserons un peu plus loin (voir *infra*, section II). À ce stade, contentons-nous d'observer que si l'arrêt a paru heurter si frontalement la marge de manœuvre de l'Administration, c'est (outre par son sujet éthique) parce que le contrôle de conventionnalité, pour la première fois, a été ici appliqué à une situation de compétence liée, qui plus est découlant d'une loi ; la technique, on l'a vu, n'était pas en soi entièrement nouvelle, mais elle avait été jusqu'à présent employée pour restreindre la liberté de l'Administration en situation de pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire dans une configuration où les conséquences de ce contrôle étaient beaucoup moins « voyantes », l'Administration n'étant jamais totalement obligée d'accorder un titre de séjour ou de prononcer un arrêté d'expulsion, par exemple ; au contraire, dans l'arrêt *Gomez*, ses conséquences apparaissent en pleine lumière. En outre, l'utilisation du critère de proportionnalité est plus novatrice que par le passé. La proportionnalité, dans l'arrêt *Gomez*, est en effet évaluée à l'aune non plus de l'ordre public mais d'un droit fondamental individuel. Or, traditionnellement, le contrôle qu'exerçait le juge sur l'Administration était, globalement, davantage un contrôle de nécessité de type *Benjamin* qu'un contrôle de proportionnalité, malgré l'utilisation régulière de ce troisième critère, et surtout, le critère de la proportionnalité était en général utilisé à l'aune du trouble à l'ordre public, du maintien de l'ordre, plutôt qu'à celui de droits fondamentaux individuels : la légalité du décret régissant les dérogations à l'interdiction de fumer dans les lieux publics, par exemple, les excluant totalement dans certains lieux et les encadrant dans d'autres, n'a pas été jugée disproportionnée par rapport au « droit fondamental à fumer » de Monsieur X ou de Madame Y, mais par rapport à l'objectif de santé publique poursuivi<sup>1</sup>. Autrement dit, le caractère objectif de la censure était plus prégnant, il dépassait la simple atteinte à des droits particuliers, étincelle nécessaire du contentieux mais non prise en compte en

---

<sup>1</sup> CE, 19 mars 2007, n° 300467, *Le Gac, Rec. CE* 2007, p. 123.

tant que telle dans la balance du juge. En outre, la présomption d'illicéité qui pesait sur les mesures trop générales, trop absolues pouvait être renversée par la démonstration que la mesure prise par l'Administration était la seule mesure possible compte tenu des circonstances<sup>1</sup>.

Dans l'arrêt *Gomez*, au contraire (même s'il n'est pas le premier en la matière), c'est au contraire à l'aune de l'atteinte à un droit fondamental individuel, et non à l'ordre public ou à une liberté collective, que la décision administrative est jugée illégale. L'influence européenne est patente. En outre, compte tenu de l'irruption des droits fondamentaux particuliers dans la balance du juge, la démonstration de ce qu'une mesure est la seule possible pour garantir le maintien de l'ordre public ne semble plus suffisante pour prévenir sa censure. Il n'est pas certain, au vu de cette évolution, que l'affaire *Benjamin* serait aujourd'hui jugée de la même façon si les juges évaluaient la mesure administrative non pas à l'aune de la liberté collective que constitue la liberté d'expression mais au regard du droit fondamental protégé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : en supposant que la mesure d'interdiction demeure la seule à même de sauvegarder l'ordre public, rien n'assure que ce droit fondamental n'amène pas le juge à considérer qu'au terme d'un contrôle *in concreto*, dans tel ou tel ensemble de circonstances particulières, cette mesure est illégale<sup>2</sup>. De la même manière, si l'on compare deux arrêts rendus à près de quarante ans d'écart à propos de photographie, il n'est pas certain que l'arrêt *Epoux Leroy*<sup>3</sup> précité ne trouverait pas aujourd'hui, *mutatis mutandis*, une réponse similaire à celle que la Cour de cassation a dégagée dans son arrêt du 15 mai 2015<sup>4</sup> quand elle a fait primer le droit fondamental du demandeur à la liberté d'expression artistique sur un droit pourtant aussi solide et primordial que le droit de propriété. L'on voit donc que l'irruption de catégories européennes (les « droits fondamentaux », alors que la jurisprudence traditionnelle raisonnait plutôt en termes de libertés publiques) dans l'office du juge national par le biais du contrôle de conventionnalité, derrière une apparente similitude, est susceptible de modifier profondément l'équilibre traditionnel des solutions du juge administratif.

Le renforcement du contrôle sur l'Administration, plus spécifiquement, prend la forme d'un attachement croissant aux effets des mesures administratives sur les administrés.

---

<sup>1</sup> Par ex. l'interdiction faite aux photographes de rues d'exercer leur activité au Mont Saint Michel pendant la haute saison touristique : CE, 13 mars 1968, *Epx Leroy*, Rec. CE 1968, p. 178 (cité par B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 813).

<sup>2</sup> La jurisprudence *Benjamin*, après avoir été étendue à l'ensemble des libertés collectives : liberté de réunion (CE, 5 févr. 1937, *Bujadoux*, Rec. CE p. 153, et 19 juin 1953, *Houphouët-Boigny*, Rec. CE p. 298), liberté de la presse (CE, 23 nov. 1951, *Sté nouvelle d'imprimerie, d'édition et de publicité*, Rec. CE p. 553), liberté d'association (CE, 12 juillet 1956, *M'Paye et autres*, Rec. CE p. 331), etc., a certes déjà été étendue aux mesures portant atteinte « aux droits de la personne » (CE, 25 janvier 1989, *Sté industrielle Teinture et apprêts*, Dr. soc. 1990, p. 201, concl. J. de Clausade).

<sup>3</sup> Préc.

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2015, préc.

## **2. L'attention croissante aux effets de l'action administrative sur les administrés**

Le deuxième aspect saillant de l'arrêt *Gomez* que l'on croit pouvoir rattacher à la fois à des traditions nationales anciennes (a)) et à un renouvellement sous l'effet du droit européen (b)) est l'attachement du juge aux effets de l'action administrative sur les administrés. Là encore, il apparaît que les mutations apparentes du contrôle de constitutionnalité sont en réalité pour une large part la continuation d'évolutions amorcées de longue date.

### *a) Racines anciennes*

Bien que le contentieux administratif français soit généralement reconnu comme un contentieux objectif, l'exemple le plus emblématique de cette orientation étant le recours pour excès de pouvoir, il a toujours été marqué par le souci des effets concrets que l'action des pouvoirs publics entraîne dans la vie des administrés. L'ancienneté de cette préoccupation a pu être masquée par le mouvement de « subjectivisation » du droit administratif prégnant depuis une ou deux décennies, reflet juridique de l'individualisme triomphant, qui, par l'effet de quelques évolutions juridiques indubitables (les procédures de référé, les pouvoirs d'injonction du juge, etc.<sup>1</sup>) et d'une certaine ébullition doctrinale<sup>2</sup>, a pu donner une impression exagérée de nouveauté. En réalité, il est possible de retrouver assez loin dans l'histoire du contentieux administratif des signes de l'attention portée par le juge aux effets concrets du Pouvoir sur les administrés.

De manière générale, en effet, le droit administratif a toujours été pensé sous l'angle du rapport entre l'Administration et les particuliers. Historiquement, le Conseil d'État a d'abord été chargé de résoudre les difficultés s'élevant dans le cadre de ces relations, difficultés qui étaient rarement d'ordre institutionnel mais concernaient plutôt très concrètement les difficultés des individus dans leurs rapports avec les autorités. Le développement de la responsabilité administrative, créée par le juge pour réparer les conséquences concrètes de l'action des pouvoirs publics sur les individus dont l'impunité était devenue insupportable, en est l'exemple le plus évident. En cette matière, le préjudice est une condition *sine qua non* de l'indemnisation : s'il n'est pas démontré, point de réparation possible, signe, *a contrario*, que ce sont bien les conséquences concrètes sur les administrés que le juge cherche avant tout à réparer, et non l'illégalité de telle ou telle décision. Le développement du recours pour excès de pouvoir et la gloire

---

<sup>1</sup> Grâce notamment aux lois du 16 juillet 1980 (loi n° 80-539 du 16 juillet 1980) et du 2 mars 1982 (loi n° 82-213 du 2 mars 1982) portant respectivement sur les pouvoirs d'astreinte du Conseil d'État et sur le « déferé-liberté », aux lois du 10 janvier 1990 (loi n° 90-34 du 10 janvier 1990), du 4 janvier 1992 (loi n° 92-10 du 4 janvier 1992) et du 8 février 1995 (loi n° 95-125 du 8 février 1995), portant respectivement sur la procédure permettant de contester en urgence des arrêtés de reconduite à la frontière, sur le référé pré-contractuel et sur les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge administratif, et à la loi du 30 juin 2000 (loi n° 2000-597 du 30 juin 2000) relative au référé devant les juridictions administratives.

<sup>2</sup> Voir en part. la thèse de N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, coll. « Nouv. bibl. des thèses », t. 23, 2003.

qui l'a rapidement auréolé ont fait oublier l'orientation incarnée première du contentieux administratif, d'autant plus volontiers que cette spécificité était une manière pour le Conseil d'État de se différencier du juge judiciaire, donc de renforcer son positionnement institutionnel. Mais dès l'origine, le contentieux administratif a bien reposé sur une source de légitimité essentielle, la mission de veiller au respect des droits des administrés, opposables à l'Administration. Le mouvement de « subjectivisation du droit » et l'influence du droit communautaire et du droit européen, résolument centrés sur la garantie des droits individuels, renouent de manière visible avec cette orientation essentielle.

Plus spécifiquement, la dichotomie entre le plan abstrait et le plan concret est assez familière au droit administratif. Au point de vue de l'action, et notamment du pouvoir de police de l'Administration, le droit fait une distinction claire entre l'édiction de mesures générales, abstraites et impersonnelles, qui sont nécessaires pour définir un régime commun applicable à tous les administrés, et celle de mesures particulières qui peuvent être requises pour répondre aux conditions particulières de tel lieu, de tel moment ou de telle autre circonstance. Cet équilibre se décline de deux manières. D'une part, en termes d'habilitation textuelle, si, en principe, une mesure individuelle doit toujours être fondée sur un règlement préexistant, *secundum legem* dirait Carré de Malberg, le droit administratif admet cependant que, si la sauvegarde de l'ordre public l'exige, une autorité administrative puisse prendre des mesures particulières en l'absence ou au-delà des prescriptions de la règle générale. D'autre part, en termes de contenu, lorsqu'une autorité administrative agit sur la base d'un règlement préexistant, elle doit en respecter les prescriptions, c'est-à-dire agir *intra legem* ; mais là encore, si les circonstances l'exigent, le droit administratif admet que l'autorité administrative puisse accorder des dérogations à la règle générale, « si et dans la mesure où les nécessités de la sauvegarde de l'ordre ne s'y opposent pas, et pourvu que de telles dérogations soient accordées dans le respect du principe d'égalité et en dehors de tout arbitraire<sup>1</sup>. »

Cette dichotomie entre abstrait et concret, entre nécessité d'une règle commune et adaptation tout aussi nécessaire aux circonstances d'espèce, se retrouve au point de vue du contrôle. La manifestation la plus connue en est la responsabilité administrative sans faute. Cette création prétorienne illustre par excellence le souci du juge administratif de réparer les circonstances concrètes pour un administré de l'action générale et abstraite, pourtant parfaitement légale, de l'Administration ou du législateur. En ce qui concerne en particulier la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, les arrêts fondateurs, *Compagnie générale de grande pêche* et *La Fleurette*<sup>2</sup>, ont, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, reconnu la distinction entre règlement et application du règlement, entre loi et application de la loi, pour en déduire un principe de responsabilité administrative du fait de l'*application* de la norme générale, à condition que le préjudice subi par l'administré soit anormal et spécial.

---

<sup>1</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 793.

<sup>2</sup> CE, ass., 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. CE, p. 25.

La distinction entre mesures abstraites et mesures concrètes, entre légalité de la norme abstraite et nécessité de prise en compte de son application concrète, irrigue ainsi le droit administratif français depuis longtemps. Sans même prendre en compte une quelconque influence extérieure, il n'est donc pas si étonnant que cet équilibre ait également trouvé une application dans cette partie de l'office du juge que constitue le contrôle de conventionnalité, sous la forme de la distinction entre le contrôle de conventionnalité *in abstracto* et le contrôle de conventionnalité *in concreto*.

L'attention du juge administratif aux effets des actions des pouvoirs publics sur les administrés a cependant trouvé un souffle nouveau avec l'influence du droit communautaire et européen et le mouvement récent de subjectivisation du droit.

#### *b) Renouvellement par le droit européen*

Les ordres juridiques communautaire et européen ont dès l'origine été conçus comme destinés avant tout à protéger les droits des particuliers. L'économie générale de la Convention européenne des droits de l'homme consiste à doter les individus de droits et à faire peser des obligations sur les États, tenus non seulement de s'abstenir de porter des atteintes disproportionnées à ces droits, mais aussi d'assurer leur protection de manière active. La jurisprudence de la CEDH, tout entière tournée vers les atteintes concrètement portées, dans la situation particulière qui lui est soumise, aux droits fondamentaux des individus s'est faite l'écho de cette orientation.

Le même esprit se retrouve dans les jurisprudences fondatrices du droit de l'Union : l'arrêt *Van Gend en Loos*<sup>1</sup>, en particulier, en exprime clairement l'orientation fondamentale autour du patrimoine de droits dont les individus sont titulaires et que les États doivent respecter et protéger en assurant la primauté et l'effectivité du droit de l'Union.

Le développement de la jurisprudence communautaire et européenne et l'obligation faite aux États membres de tenir compte de cette jurisprudence<sup>2</sup> ont exercé une influence indéniable sur la jurisprudence administrative française, comme sur l'Administration. Comme le dit le Pr. Wachsmann, « [la] jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose aux administrations nationales des normes de comportement : être attentif à ne pas risquer de porter atteinte aux droits consacrés par la Convention, à prendre en compte les intérêts légitimes que peuvent faire valoir à cet égard les per-

---

<sup>1</sup> CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*.

<sup>2</sup> Sans être d'application automatique, la jurisprudence de la CEDH exerce *de facto* une forte influence sur la jurisprudence du juge national, que ce soit le juge français ou les juges des autres États parties à la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, la CEDH s'autorise de plus en plus à dicter aux États les mesures à adopter pour remédier à la violation constatée, et à imposer des mesures structurelles lorsqu'elle estime que la mesure nationale en cause emporte nécessairement violation de la Convention. Voir en part. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 12<sup>e</sup> éd., 2015, et F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 33-57.



sonnes concernées et à placer son action sous le signe de la diligence, de la cohérence, de la loyauté et de la transparence<sup>1</sup>. » Concernant les juridictions, cette influence s'est fait sentir grâce à l'outil privilégié que constitue le contrôle de conventionnalité, mais aussi, de manière plus large et plus diffuse, dans l'ensemble du contentieux administratif. Depuis une ou deux décennies, de nombreux exemples illustrent ainsi cette prise en compte croissante par le juge français, Conseil d'État en tête, des solutions dégagées à Luxembourg et à Strasbourg, et même, plus généralement, de la méthode générale employée dans ces juridictions. Sans mettre de côté son contrôle traditionnel de légalité, le Conseil d'État s'intéresse de plus en plus *prioritairement* aux effets d'une mesure sur les administrés.

Du point de vue procédural, c'est bien sûr la création et le développement du référé-liberté, centré par définition sur l'atteinte à un droit ou une liberté particuliers, qui constitue le signe le plus clair du changement de point de vue du juge administratif (du moins pour une partie, importante, de son office). Mais même hors référé, dans le contentieux plus « classique », la jurisprudence du Conseil d'État dénote une attention croissante aux effets du Pouvoir sur les administrés.

À ce titre, l'influence de la CEDH et de la CJUE s'est naturellement d'abord fait sentir dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Comme l'ont rappelé aussi bien le rapporteur public que les nombreux commentaires de l'arrêt *Gomez*, plusieurs décisions rendues au visa de la Convention européenne des droits de l'homme avaient déjà ouvert la voie à un contrôle concret de l'*application* de la loi, c'est-à-dire à un contrôle de ses effets concrets sur les administrés. Dans chacune de ces décisions, l'évolution avait été déclenchée par un alignement sur la jurisprudence européenne. Dans les arrêts *Babas et Belgacem*, le Conseil d'État, pour reconnaître aux demandeurs le bénéfice de l'article 8 de la Convention, s'était directement inspiré de la manière dont la CEDH appliquait elle-même cet article : dans ses conclusions, le rapporteur public, Ronny Abraham, avait explicité en détail le raisonnement tenu par la Cour dans plusieurs arrêts précédents, rappelé l'influence déjà exercée par la jurisprudence européenne sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, et invité celui-ci à s'aligner sur la solution européenne : « il nous semble que vous ne devez pas laisser aux organes de Strasbourg, dont le rôle n'est en principe que subsidiaire, le soin de statuer directement sur la compatibilité avec la convention des décisions prises par l'autorité administrative française, dont vous êtes les juges au premier chef, et que vous ne pouvez, à cette fin, demeurer en retrait par rapport à la jurisprudence de la Cour. D'un point de vue général, nous dirons que, si rien ne vous oblige en droit à adhérer aux constructions jurisprudentielles de la Cour européenne, il importe, dès lors que la France a reconnu le droit de recours individuel devant les organes de Strasbourg, que le juge national que vous êtes ne s'en tienne pas à l'exercice d'un contrôle moindre que celui du juge européen, sur des questions analogues<sup>2</sup>. » Dans l'arrêt *Bi-*

---

<sup>1</sup> P. WACHSMANN, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p. 2138.

<sup>2</sup> Concl. R. ABRAHAM sur les arrêts *Babas et Belgacem*, préc.

*touzet*<sup>1</sup>, c'est aussi à la lumière des arrêts de la CEDH que le Conseil d'État avait examiné la compatibilité de l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme limitant l'indemnisation des servitudes d'urbanisme avec l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après article 1P1). Enfin, dans l'arrêt *C<sup>ne</sup> de Palavas-les-Flots* relatif à la compatibilité d'une loi de validation avec les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2</sup>, le Conseil d'État avait répondu positivement à l'invitation de son rapporteur public à tenir pour « exacte dans de nombreux cas, [mais] [...] pas systématiquement » l'affirmation selon laquelle « l'inapplicabilité d'une norme [législative] au litige se déduit de la seule confrontation de celle-ci à une norme internationale », et à « distinguer entre des cas où c'est le contenu de la loi qui est jugé inconstitutionnel et ceux dans lesquels c'est son application inconstitutionnelle qui est sanctionnée<sup>3</sup> », et ce, de nouveau, par assimilation de la jurisprudence européenne.

Au-delà de ces filiations évidentes, l'intégration de la notion d'espérances légitimes est un autre exemple typique de l'attention croissante portée par le Conseil d'État à l'effet concret des mesures prises par les pouvoirs publics sur les administrés, sous l'influence des jurisprudences communautaire et européenne et par le biais du contrôle de conventionnalité. On sait que la notion d'espérance légitime, création prétorienne de la CEDH<sup>4</sup>, est à l'origine une technique juridique destinée à élever une créance virtuelle (par exemple la créance de réparation d'un préjudice causé par une personne publique) mise en échec par une législation contraire rétroactive au rang de « bien » au sens du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, s'il est démontré qu'en raison d'une base juridique suffisante en droit interne, le requérant avait « l'espérance légitime » de voir sa créance se concrétiser. Cette notion est proche des principes de sécurité juridique et de confiance légitime<sup>5</sup>, dont on sait aussi que le premier a fait l'objet d'une reconnaissance explicite en droit interne<sup>6</sup> qui s'apparentait plus à une consécration officielle qu'à une véritable nouveau-

---

<sup>1</sup> CE, sect., 3 juill. 1998, *M. Bitouzet*, préc.

<sup>2</sup> CE, sect., 10 nov. 2010, n° 314449 et n° 314580, *Cne de Palavas-les-Flots et Cne de Lattes*, *Rec. CE*, p. 429.

<sup>3</sup> *RFDA* 2011, p. 124, concl. N. BOULOUIS.

<sup>4</sup> CEDH, 29 nov. 1991, n° 12742/87, *Pine Valley c/ Irlande*.

<sup>5</sup> Sur ces notions, voir B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », *Revue du droit public*, 2016, n° 3, p. 799, qui montre qu'en réalité, la distinction entre sécurité juridique (concept objectif qui correspondrait à la tradition administrativiste française), et confiance légitime (greffe subjective prétendument venue d'ailleurs), et le prétendu refus de consécration de la confiance légitime par le juge administratif, ne sont qu'artificiels, la confiance légitime irriguant en fait une grande partie du droit administratif français, comme le montrent par exemple la théorie du fonctionnaire de fait, le régime de la responsabilité administrative ou encore le régime applicable aux promesses non tenues par l'Administration.

<sup>6</sup> CE, ass., 24 mars 2006, n° 288460 *sqq.*, *Sté KPMG et autres*, *Rec. CE* p. 154. Consécration confirmée par la suite confirmée dans de nombreuses décisions, par ex. CE, 17 juin 2015, n° 375853, *Syndicat national des industries de peinture*, *Rec. CE*.

té, puisqu'il irriguait déjà le contentieux français depuis fort longtemps<sup>1</sup>, tandis que le second fait toujours l'objet d'un refus obstiné de reconnaissance autonome, hors des matières régies par le droit de l'Union<sup>2</sup>. L'application de la théorie de l'espérance légitime en droit interne a d'abord fait l'objet d'une certaine réticence de la part du Conseil d'État, mais celui-ci, par conviction ou par discipline<sup>3</sup>, a fini par intégrer pleinement la notion lorsque la violation de l'article 1P1 est invoqué par un requérant<sup>4</sup>. Surtout, cette notion semble avoir fait récemment l'objet d'une intégration à part entière dans le droit administratif français, comme une notion autonome dégagée des seuls domaines d'application du droit européen et du droit communautaire, par deux décisions récentes, l'une du Conseil d'État (*Société EPI*, 9 mai 2012<sup>5</sup>), l'autre du Conseil constitutionnel (*Loi de financement de la*

---

<sup>1</sup> Comme en témoignent par exemple deux rapports du Conseil d'État sur ce sujet, en 1991 et 2006, et surtout les nombreuses applications implicites, les « stabilisateurs traditionnels » (discours d'ouverture de Jean-Marc SAUVÉ au colloque organisé par la Société de législation comparée, « L'entreprise et la sécurité juridique », Conseil d'État, 21 novembre 2014) qui ont façonné le droit administratif, et plus généralement le droit français, tout au long du XX<sup>e</sup> siècle : principe de non-rétroactivité de la loi (absolue en droit pénal, objet de dérogations possibles fondées sur l'intérêt général dans les autres matières) ; protection des droits acquis, notamment par les conditions restrictives de retrait des décisions individuelles créatrices de droits, par les limites à l'effet rétroactif d'une annulation contentieuse (décision *AC ! et a.*) ou à la portée dans le temps des revirements de jurisprudence (décision *Société Tropic Travaux Signalisation*, 16 juill. 2007), etc.

<sup>2</sup> Le Conseil d'État fait seulement application du principe de confiance légitime dans les domaines de mise en œuvre du droit de l'Union (voir par ex. CE, ass., 11 juillet 2001, n° 219494 *sq.*, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles*, où le Conseil d'État juge qu'est opérant le moyen tiré de l'atteinte au principe de confiance légitime lorsqu'il est invoqué au soutien d'un recours dirigé contre un décret modifiant le régime de soutien direct aux agriculteurs français dans le cadre tracé par les règlements régissant la PAC) mais ne l'a pas étendu à l'ensemble du droit administratif, énonçant même explicitement, dans l'arrêt *KPMG*, ne pas le reconnaître en droit interne. Selon un considérant de principe habituel, « le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union européenne, ne trouve à s'appliquer, dans l'ordre juridique national, que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit de l'Union européenne » (CE, 9 mai 2001, n° 211162, *Sté mosellane de transaction*, mentionné aux tables du *Rec. CE*).

<sup>3</sup> Y. ROBINEAU, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », intervention à la Cour suprême d'Azerbaïdjan, 24 octobre 2014 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-application-par-la-France-des-arrets-de-la-Cour-europeenne-des-droits-de-l-homme>).

<sup>4</sup> D'abord en matière de réparation des préjudices subis par des enfants nés avec un handicap non décelé : CE, 24 févr. 2006, n° 250704, *M<sup>me</sup> Levenez*, *Rec. CE* (« considérant [...] que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 (...) a porté une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents d'un enfant né porteur d'un handicap non décelé avant sa naissance par suite d'une faute pouvaient légitimement espérer détenir sur la personne responsable avant l'entrée en vigueur de cette loi »), puis en matière fiscale : CE, 19 novembre 2008, n° 292948, *Société Gétécom* (« considérant [...] qu'à défaut de créance certaine, l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent doit être regardée comme un bien au sens [des] stipulations [de l'article 1P1] »).

<sup>5</sup> CE, plénière fiscale, 9 mai 2012, n° 308996, *Ministre du budget c/ Société EPI*, *Rec. CE* p. 200 ; chron. X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « Souvent loi varie... mais fol est-il vraiment qui s'y fie ? », *AJDA* 2012, p. 1392.

*sécurité sociale pour 2014*, 19 novembre 2013<sup>1</sup>). Dans l'arrêt *Société EPI*, en effet, le juge « ne s'est pas contenté de qualifier une réclamation de somme d'argent au regard d'une catégorie juridique du droit européen ; il s'est demandé si les conditions concrètes et contextualisées d'élaboration d'une loi ne portaient pas atteinte à la croyance qu'une entreprise pouvait légitimement nourrir dans l'état de la législation applicable au moment où il comptait en faire application<sup>2</sup> ». Cet arrêt serait donc le signe d'un détachement de l'espérance légitime de ses racines européennes pour devenir un concept autonome, la croyance (ou l'espérance) légitime dans le bénéfice de dispositions textuelles avantageuses. La décision du Conseil constitutionnel marque un infléchissement encore plus clair en faisant droit, quoique toujours à mots couverts, aux attentes légitimes des individus<sup>3</sup>. Or, en quoi consiste fondamentalement l'espérance légitime, comme son voisin la confiance légitime ? Précisément en un renversement de perspective, en une attention portée *d'abord* aux effets d'une norme générale sur la situation des administrés et sur les espérances qu'ils avaient pu légitimement former, en une « approche au cas par cas », selon les termes mêmes d'un président de section du Conseil d'État<sup>4</sup>, autrement dit, en une forme de contrôle de conventionnalité concret. En reconnaissant ces notions, le juge administratif ne rompt pas avec des traditions nationales ; il s'inscrit au contraire dans une tradition de longue date ; mais il affiche clairement une attention plus explicite, plus immédiate, aux effets des mesures prises par les pouvoirs publics sur les administrés.

Au-delà du domaine du contrôle de conventionnalité, on peut aussi identifier des manifestations du changement de perspective du juge administratif dans le cadre de contentieux purement internes. En matière de responsabilité administrative, une série d'arrêts sont récemment revenus sur l'interprétation restrictive de l'intention du législateur qui avait longtemps prévalu pour faire application de la jurisprudence *La Fleurette* et, qui, *de facto*, avait largement neutralisé sa mise en œuvre<sup>5</sup>. Dans un arrêt *ADARC et autres*<sup>6</sup>, en considérant pour faire droit à la demande des requérants qu'il ne ressortait ni de l'objet ni des termes de la loi en cause, non plus que de ses travaux préparatoires, que le législateur eût entendu exclure que la responsabilité de l'État pût être engagée en raison d'un dommage anormal que l'application de ces dispositions pourrait causer à des activités, le Conseil d'État a procédé à une distinction entre l'objectif visé par le législateur – en l'espèce, la protection de la nature – et les effets secondaires, même non

---

<sup>1</sup> Cons. const., 19 déc. 2013, décision n° 2013-682 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*.

<sup>2</sup> B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », art. cité.

<sup>3</sup> *Ibid.* ; B. DELAUNAY, « La confiance légitime entre discrètement au Conseil constitutionnel », *AJDA* 2014, p. 649 ; F. GRECH, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *Rev. fr. de dr. constitutionnel*, 2015/2 (n° 102), p. 252.

<sup>4</sup> Ph. MARTIN, in B. DELAUNAY *et al.*, « Sécurité juridique, rétroactivité et garantie des droits », *Droit fiscal* n° 39, 24 septembre 2015, p. 581, n° 8, *in fine*.

<sup>5</sup> Sur ce sujet, voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Responsabilité sans faute », *Rép. Dalloz*, juin 2013 (actualisation janv. 2017), en part. n° 53 *sqq.*

<sup>6</sup> CE, sect., 30 juill. 2003, n° 215957, *Rec. CE* p. 367.

voulus, qui peuvent en découler pour les administrés. Poursuivant dans cette lignée, il a confirmé en 2005 dans un arrêt *Coopérative agricole Ax'ion*<sup>1</sup> cette distinction entre les objectifs de la loi et les effets de son application.

En matière de contrôle de légalité des décisions individuelles, ensuite, le Conseil d'État a ainsi récemment ouvert le prétoire à la contestation des actes de « droit souple », c'est-à-dire à cette catégorie d'actes édictés par des autorités administratives (souvent des autorités administratives indépendantes) qui, parce qu'ils prennent la forme d'une recommandation, d'un conseil, d'une incitation, n'étaient jusque là pas considérés comme faisant grief, le critère de leur juridicité n'étant pas suffisamment caractérisé. Par les décisions *Fairvesta* et *Numéricable* du 21 mars 2016<sup>2</sup>, le Conseil d'État a reconnu qu'il était avéré que les actes de droit souple en cause avaient produit « des effets notables, notamment de nature économique », ou avaient « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adress[aient] » et en a conclu à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir exercé contre eux. En matière pénitentiaire, le Conseil d'État, pour apprécier les conditions d'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre une mesure traditionnellement qualifiée d'ordre intérieur, juge désormais qu'il y a lieu d'apprécier « la nature et l'importance de ses effets sur la situation des détenus<sup>3</sup> ». Enfin, dans un autre registre, la récente décision du Conseil d'État sur les crèches dans les mairies<sup>4</sup> peut aussi être lue comme la recherche d'un équilibre entre une règle abstraite (l'absence d'illégalité de principe de l'installation d'une crèche dans les emplacements publics autres que l'intérieur des bâtiments publics) et ses applications concrètes (dans certaines circonstances, légalité de l'installation d'une crèche à l'intérieur d'un bâtiment public, ou au contraire illégalité de l'installation d'une crèche dans les autres emplacements publics) : le dispositif est abstraitement légal, mais le juge doit vérifier que concrètement, son utilisation n'est pas détournée.

Le législateur et l'Administration ne sont d'ailleurs pas les seuls pouvoirs publics dont les décisions abstraites, objectives, doivent désormais être tempérées par une analyse de leurs conséquences concrètes. En modulant dans le temps les effets d'une annulation contentieuse<sup>5</sup>, en remodelant profondément son office de juge du contrat pour se donner les moyens d'éviter au maximum l'annulation d'un contrat administratif dont les effets peuvent être extrêmement compliqués à gérer et, de fait, en ne prononçant qu'en

---

<sup>1</sup> CE, 2 nov. 2005, *Coopérative agricole Ax'ion*, n° 266564, *Rec. CE* p. 468 ; C. BROYELLE, « Ax'ion et la responsabilité de l'État législateur », *RDP* 2006, p. 1441.

<sup>2</sup> CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368083 et 368084, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, et CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, *Rec. CE* p. 76 et 88. Arrêts confirmés par CE, 20 juin 2016, n° 384297, *Fédération française des sociétés d'assurances* et CE, sect., 13 juill. 2016, n° 388150, *Sté GDF Suez*, *Rec. CE* p. 384.

<sup>3</sup> CE, 14 déc. 2007, *Planchenault et Garde des Sceaux, Min. de la justice c. M. Boussouar*, préc.

<sup>4</sup> CE, 9 nov. 2016, n° 395122, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, et 395223, *Fédération de la libre pensée de Vendée*.

<sup>5</sup> CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et a.*, préc.

dernier ressort une telle sanction<sup>1</sup>, en reconnaissant l'obligation de statuer dans un délai raisonnable<sup>2</sup>, à défaut de quoi les requérants bénéficient d'une présomption de préjudice moral<sup>3</sup>, le Conseil d'État « assume enfin son pouvoir prétorien et accepte de s'intéresser aux effets concrets (et pourquoi pas néfastes) de ses jugements<sup>4</sup> », que ce soient sur les administrés dans leurs relations avec l'Administration ou la justice ou en tant que co-contractants.

Sans multiplier encore les exemples, il apparaît ainsi clairement qu'au-delà des précédents les plus évidents de l'arrêt *Gomez* relevés par l'ensemble des commentaires, la systématisation du contrôle de conventionnalité *in concreto* qu'opère cette décision s'inscrit plus largement dans le mouvement de « renversement copernicien », de « changement de paradigme<sup>5</sup> » à l'œuvre depuis déjà quelque temps sous l'influence combinée de la CJUE et de la CEDH, qui conduit le juge, sans renoncer à son contrôle traditionnel de la légalité objective, à appréhender les litiges sinon d'abord, du moins tout autant du point de vue des particuliers que du point de vue de la rigueur abstraite des règles de droit.

### *B. La justification par le discours sur les droits fondamentaux*

Des dires mêmes du vice-président du Conseil d'État, citant René Chapus, « [l]'essor des droits subjectifs a [...] peu à peu transformé la juridiction administrative en une véritable "juridiction des droits de l'homme"<sup>6</sup> ». Depuis sa conversion à la jurisprudence de la CEDH, le Conseil d'État a, de fait, transformé sinon l'office du juge, du moins le discours qui l'entoure, le faisant passer d'un discours traditionnel fondé, entre autres, sur la défense des libertés publiques, à un discours laudatif très fortement centré sur la protection des droits fondamentaux. C'est par cette rhétorique que le juge administratif a justifié l'ensemble des évolutions récentes, rappelées ci-dessus, par lesquelles il a accru son contrôle juridictionnel. L'arrêt *Gomez* ne déroge pas à la règle et a trouvé tout naturellement à s'inscrire dans ce discours.

Or, malgré les filiations que l'on peut retrouver entre le contrôle de conventionnalité *in concreto* et des jurisprudences tant anciennes que récentes, l'arrêt *Gomez* présente une nouveauté indéniable. Ce n'est pas sans raison qu'il a généré des commentaires aussi nombreux. Sa nouveauté relève à la fois du degré de plus franchi dans le contrôle de l'Administration, comme on l'a vu (voir *supra*, Partie II, section I. A. 1. b)), mais surtout du rapport à la loi qui s'en trouve transformé, comme on le verra ci-dessous (voir *infra*, section ). Pourtant, si l'on analyse la communication du Conseil

---

<sup>1</sup> CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, *Commune de Béziers (I)*, Rec. CE p. 509.

<sup>2</sup> CE, ass., 28 juin 2002, n° 239575, *Garde des Sceaux, min. de la justice c/ Magiera*, Rec. CE p. 248.

<sup>3</sup> CE, ss-sect., 19 oct. 2007, n° 296529, *Blin*, mentionné aux tables du Rec. CE.

<sup>4</sup> B. Plessix, *Droit administratif général*, op. cit., p. 163.

<sup>5</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et les droits fondamentaux », introduction aux Entretiens du contentieux, Conseil d'État, 4 nov. 2016.

<sup>6</sup> *Ibid.*

d'État autour de cet arrêt<sup>1</sup>, il est assez frappant de constater que cette nouveauté, cette audace et cette originalité profonde de l'arrêt, sont gommées par le rattachement au discours sur les droits fondamentaux, qui semble en expliquer tous les tenants et aboutissants.

Certes, on ne s'attend pas à ce que le Conseil d'État fasse publiquement l'autocritique de ses audaces jurisprudentielles, mais il ne nous semble pas anodin qu'il ait plutôt tendance à pécher par excès inverse. Cette rhétorique des droits fondamentaux dénote, nous semble-t-il, les enjeux sous-jacents de positionnement matériel du Conseil d'État par rapport à ses homologues internes et européens et une manière de minimiser l'augmentation de son propre pouvoir. Cela invite à identifier précisément en quoi le Conseil d'État procède à des anticipations sur les jurisprudences de ses pairs, comme dans l'arrêt *Gomez* (1.), avant de se demander si, ce faisant, et notamment dans l'arrêt *Gomez*, le Conseil d'État ne va pas trop loin (2.).

## 1. Anticipation et concurrence

La jurisprudence du Conseil d'État est sans cesse aiguillonnée par celle de ses pairs, par rapport à laquelle elle doit constamment se repositionner. Que ce soit vis-à-vis de la Cour de cassation ou vis-à-vis de la CEDH, en particulier (ces deux juridictions étant celles qui ont exercé l'influence la plus forte sur l'arrêt *Gomez*), le Conseil d'État choisit parfois de s'aligner, parfois d'anticiper (a)), justifiant fréquemment son choix par la protection des droits fondamentaux, alors que ce positionnement est, au moins pour partie, également déterminé par des questions de concurrence jurisprudentielle (b)).

### a) Alignement et anticipation

Nous avons vu qu'il était possible de trouver à la prétendue « mutation » que constitue le contrôle de conventionnalité *in concreto* instauré par l'arrêt *Gomez* des racines propres au sein de la jurisprudence administrative, ancienne comme récente. Cela ne doit toutefois pas obérer la double influence indéniablement exercée sur cette décision, en plus du terreau administratif déjà fertile, par la jurisprudence de la CEDH et de la Cour de cassation. Vis-à-vis de chacune de ces juridictions, l'arrêt *Gomez* a constitué à la fois un alignement et un dépassement de jurisprudence.

---

<sup>1</sup> Le « communiqué officiel » sur l'arrêt sur le site du Conseil d'État, les diverses interventions du vice-président ou du président de la section du contentieux, voire certains articles de doctrine écrits par des conseillers d'État. L'on exclut ici la chronique autorisée (L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA* 2016, p. 1398), qui détaille précisément les enjeux de l'arrêt et synthétise les différentes critiques émises à l'encontre du contrôle de conventionnalité *in concreto* dans le débat judiciaire, largement transposables à celles émises depuis dans la doctrine publiciste. L'on citera, entre autres : B. STIRN, « Niveaux de protection des droits fondamentaux », intervention à la Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 5 décembre 2016 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Niveaux-de-protection-des-droits-fondamentaux>).

### *i. Influence de la jurisprudence européenne*

Point n'est besoin de trop s'étendre sur l'influence que la jurisprudence de la CEDH a exercée sur l'arrêt *Gomez* : nous avons montré ci-dessus comment elle avait influencé l'ensemble des décisions récentes ayant annoncé l'arrêt *Gomez*. Concernant l'arrêt lui-même, les conclusions du rapporteur public ont explicitement invoqué plusieurs décisions de la Cour pour montrer que l'interdiction posée par la loi française constituait bien une ingérence dans le droit à la vie privée de la requérante. Au moment de proposer à la formation de jugement d'adopter un contrôle de conventionnalité *in concreto*, les conclusions font directement référence à la manière dont la CEDH exerce son office, « sa tâche ne consist[ant] pas à contrôler *in abstracto* la loi et la pratique pertinentes, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant a enfreinte la Convention<sup>1</sup> », et le rapporteur public rappelle « que la Convention [...] invite [la formation de jugement], dans le champ des droits fondamentaux qu'elle protège, à ne pas [se] voiler la face sur les conséquences concrètes de la législation<sup>2</sup> ». Les chroniqueurs ont ensuite confirmé, si cela était nécessaire, que les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme étaient « directement à l'origine de la généralisation de ce nouveau contrôle de conventionnalité<sup>3</sup> ». L'arrêt *Gomez* constitue ainsi une internalisation et une généralisation de la méthode concrète de jugement de la CEDH au sein de l'office du juge administratif, à côté du contrôle traditionnel plus objectif.

Mais le Conseil d'État ne s'est pas contenté de cet alignement. D'une part, comme le soulignent les chroniqueurs, le Conseil d'État a élargi la portée de la décision au-delà des exigences de la seule Convention européenne des droits de l'homme pour en faire une solution applicable à l'égard de toute convention internationale d'effet direct, quel que soit son contenu, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution (du moins les termes de la décision le laissent-ils entendre)<sup>4</sup>.

D'autre part, le Conseil d'État a procédé à ce que Mattias Guyomar appelle une « anticipation » de la jurisprudence de la Cour. Le conseiller d'État distingue trois figures utilisées par les juges du Palais Royal pour recevoir la jurisprudence de la CEDH : l'appropriation, qui consiste à recevoir

---

<sup>1</sup> CEDH, 5 déc. 2013, n° 32265/10, *Henry Kismoun c/ France*, cité par les concl. d'A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez* préc. (RFDA 2016, p. 740).

<sup>2</sup> Concl. A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez*, préc.

<sup>3</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cité.

<sup>4</sup> Voir aussi en ce sens G. EVEILLARD, « Chronique de droit administratif », *JCP G* n° 50, décembre 2016, doct. 1367 : « Cette dualité ne semble pas se limiter aux rapports entre la Convention EDH et la loi, mais s'étendre à toute convention internationale, car elle paraît reposer sur la nature particulière de l'articulation entre les deux normes : le rapport de simple compatibilité permet d'envisager que, pris en lui-même, le texte de la loi soit conciliable avec celui du traité, mais que dans un cas particulier, les conséquences qu'il entraîne soit inconciliables avec ce même traité. Néanmoins, il est vrai que le contrôle de conventionnalité de la loi par rapport à la Convention EDH se prête particulièrement bien à la réalisation d'un tel double contrôle, car la Cour EDH pratique uniquement un contrôle *in concreto* et condamne les juridictions nationales se limitant à un contrôle *in abstracto*. »



complètement – de manière plus ou moins contrainte – la jurisprudence de la Cour en droit interne, lorsque celle-ci est claire<sup>1</sup> ; l’émancipation, qui consiste à s’écarter de la jurisprudence de la Cour compte tenu de circonstances que le juge estime pouvoir faire valoir à l’encontre de l’interprétation prévalente, une telle initiative pouvant être ultérieurement confirmée<sup>2</sup> ou infirmée<sup>3</sup> par la Cour ; et enfin l’anticipation, lorsque, en l’absence d’une ligne de conduite claire de la Cour, « le Conseil d’État choisit de ne pas attendre l’infirmité d’une jurisprudence, par une condamnation de la France, pour l’abandonner ou la faire évoluer compte tenu des exigences qui lui paraissent découler des droits conventionnellement protégés<sup>4</sup> ». Dans ce dernier cas de figure, le Conseil d’État, face à une situation inédite, prend ainsi une position pionnière dont il doit s’attendre à pouvoir répondre par la suite. Comme le rappelle M. Guyomar, la jurisprudence administrative contient plusieurs exemples d’une telle initiative, notamment en matière de contentieux pénitentiaire<sup>5</sup>. En l’espèce, le Conseil d’État a fait œuvre d’anticipation, comme le montrent très bien les conclusions du rapporteur public, puisque, si un certain nombre de droits proches de celui en jeu dans l’affaire *Gomez* avaient déjà été intégrés sous l’ombrelle accueillante de l’article 8, la Cour n’avait jamais eu à statuer sur « la décision du membre survivant d’un couple de concevoir un enfant à partir des gamètes de son conjoint défunt qui y a expressément consenti<sup>6</sup>. » En l’acceptant au sein de l’article 8 de la Convention, puis en jugeant que de manière générale, la loi française est compatible avec cette stipulation, mais que dans le cas d’espèce, son application y porte une ingérence disproportionnée, le Conseil d’État préempte la solution d’une situation qui pourrait être un jour portée dans le prétoire du juge de Strasbourg.

---

<sup>1</sup> Comme ce fut le cas en matière d’application de l’article 6, §1 aux juridictions ordinaires (CE, sect., 27 oct. 1978, *Debout*, Rec. CE p. 395 ; ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, Rec. CE p. 259 ; CEDH, 26 sept. 1995, n° 18160/91, *Diennet c. France* ; CE, ass., 14 février 1996, *Maubleu*, préc.), de publications étrangères (CE, sect., 9 juill. 1997, *Association Ekin*, Rec. CE p. 300 ; CEDH, 17 juill. 2001, n° 39288/98, *Association Ekin c. France* ; CE, 7 févr. 2003, n° 243634, *GISTI*, Rec. CE p. 30) ou de lois de validation (CE, ass. 5 déc. 1997, *M<sup>me</sup> Lambert*, préc. ; CE, ass., 11 juill. 2001, n° 219312, *Ministre de la défense c. Préaud*, Rec. CE p. 345 ; CE, 23 juin 2004, n° 257797, *Société Laboratoires Genevrier*, Rec. CE p. 256 ; CE, avis, ass., *Provin*, 2 mai 2005, préc.), par exemple.

<sup>2</sup> Concernant la participation du rapporteur au délibéré, par exemple : CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, préc., confirmé par CEDH, 27 août 2002, n° 58188/00, *Didier c. France*.

<sup>3</sup> Concernant la dualité fonctionnelle des autorités administratives indépendantes, par exemple : CE, ss-sect., 30 juill. 2003, n° 240884, *Dubus*, mentionné aux tables du Rec. CE ; CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus c. France*.

<sup>4</sup> M. GUYOMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d’État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », in *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 281. Pour une étude plus ancienne, voir aussi C. LANDAIS, F. LENICA, « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme par le Conseil d’État », *Droit administratif* n° 6, juin 2005, ét. 10.

<sup>5</sup> CE, 30 juillet 2003, n° 252712, *Min. de la justice c. M. Remli* ; confirmé par CEDH, 4 juill. 2006, n° 59450/00, *Ramirez-Sanchez c. France*.

<sup>6</sup> Concl. A. BRETONNEAU sur l’arrêt *Gomez*, préc.

## *ii. Influence de la jurisprudence de la Cour de cassation*

L'influence de la Cour de cassation dans le sens de la décision *Gomez* est également très claire. Comme chacun sait, l'arrêt *Gomez* a été précédé de peu par une série d'arrêts de la Cour de cassation ayant admis, en application d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*, d'écarter une loi jugée abstraitement conventionnelle : l'arrêt pionnier du 14 décembre 2013<sup>1</sup>, par lequel la Cour a écarté un interdit d'ordre éthique (le mariage entre alliés), puis une série d'arrêts en 2015 relatifs aux délais légaux de contestation de paternité (mis en balance avec le droit de l'enfant à voir établir sa filiation biologique)<sup>2</sup>, l'enlèvement de caravanes d'une parcelle où le plan local d'urbanisme en interdisait l'installation (mis en balance avec le droit au respect de la vie privée et familiale des occupants desdites caravanes)<sup>3</sup> et l'interdiction de la contrefaçon (mise en balance avec la liberté d'expression artistique du contrefacteur)<sup>4</sup>. Ces arrêts ont provoqué une discussion très passionnée au sein de la doctrine civiliste ; si seule la décision de 2013 est expressément mentionnée dans les conclusions du rapporteur public, il ne fait aucun doute, étant donné les enjeux de l'arrêt *Gomez*, que la formation de jugement avait à l'esprit l'ensemble des termes du débat.

Là encore, l'arrêt *Gomez* constitue à la fois un alignement sur la jurisprudence de son homologue judiciaire et un dépassement. Un alignement, de manière évidente, puisque l'arrêt, comme ses précédents judiciaires, admet d'écarter une loi jugée abstraitement conventionnelle en raison des circonstances particulières de son application. Un tel alignement n'est pas pour étonner. Il rejoint la liste innombrable des matières, à commencer par le principe du contrôle de conventionnalité lui-même, dans lesquelles la jurisprudence du Conseil d'État rejoint, à un plus ou grand nombre d'années d'écart, les solutions dégagées par la Cour de cassation<sup>5</sup> (l'inverse étant aussi parfois vraie<sup>6</sup>). Lorsqu'il est le fait du Conseil d'État, cet alignement résulte souvent de ce que ce dernier est bien conscient que les conséquences de la dualité de juridiction peuvent être incompréhensibles pour le commun des mortels et ne souhaite pas, lorsque le jeu n'en vaut pas la chandelle, tendre inutilement le bâton pour se faire battre<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

<sup>2</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.790.

<sup>3</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2015, n° 14-22.095.

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

<sup>5</sup> En matière de responsabilité administrative, par exemple, l'évolution de l'appréciation du préjudice par le Conseil d'État, systématiquement réalignée sur les standards dégagés par la Cour de cassation, est à cet égard tout à fait parlante.

<sup>6</sup> Comme c'est le cas par exemple pour le couple jurisprudentiel *Sarran et Levacher* (préc.) / *Fraisie* (préc.).

<sup>7</sup> À cet égard, les conclusions du commissaire du gouvernement Frydman sur l'arrêt *Nicolo* sont très éloquentes, lorsqu'il rappelle que la divergence entre les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État conduit « à conférer des conséquences inattendues au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et qu'il y aurait quelque paradoxe à voir le Conseil d'État refuser d'entrer dans une telle logique par humilité face au législateur, alors que de simples tribunaux d'instance contrôlent chaque jour, par ce biais, la

Mais le Conseil d'État va plus loin que la Cour de cassation. Il ne se contente pas, en effet, comme les juges du quai de l'Horloge, d'écarter à chaque fois au cas d'espèce le dispositif législatif contesté. Il généralise, par un paragraphe de principe remarquable, le double prisme du contrôle de conventionnalité, *in abstracto* et *in concreto*, qui doit désormais guider l'appréciation du juge administratif à l'égard de toute loi : « Toutefois, la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive » (§ 9) (voir *infra*, section II).

L'audace dont le Conseil d'État fait ainsi preuve à l'égard à la fois de la CEDH et de la Cour de cassation nous semble être une illustration supplémentaire des enjeux de positionnement et de légitimité qui existent entre le Conseil d'État et ses homologues juridictionnels.

#### *b) Enjeux de positionnement et de légitimité*

L'arrêt *Gomez*, comme toute audace jurisprudentielle du Conseil d'État (qui n'en est certes pas à sa première), a été entouré d'un certain nombre de précautions pour en atténuer la témérité. Modernité oblige, celles-ci ont notamment pris la forme de l'insertion dans un discours médiatique sur le renforcement de la protection des droits fondamentaux. Celui-ci n'est pas nouveau : depuis déjà un certain temps, le Conseil d'État a pris soin de développer toute une activité de colloques, d'interventions, de débats qui lui permettent de défendre ses positions dans l'espace public. L'arrêt *Gomez*, en ce sens, a naturellement trouvé à s'inscrire dans la rhétorique existante du Conseil d'État. Deux axes principaux justifient les décisions des dernières années par lesquelles le Conseil d'État a renforcé son contrôle sur l'Administration, notamment grâce au contrôle de conventionnalité – et donc, en particulier, l'introduction du contrôle de conventionnalité *in concreto* : d'une part, l'objectif d'unité, de convergence des jurisprudences ; d'autre part, la protection des droits fondamentaux.

Il importe cependant de comprendre que ni ce discours, ni l'évolution sous-jacente de la jurisprudence du Conseil d'État ne sont parés de la neutralité que l'on pourrait leur prêter au premier abord ; les évolutions de jurisprudence comme la rhétorique qui les accompagne relèvent aussi, au moins en partie, d'une stratégie de positionnement et de légitimation constante du Conseil d'État dans le paysage institutionnel. En témoignent de nombreux exemples de dissonances de jurisprudence entre le Conseil d'État et ses homologues, tant internes qu'européens, dont ressort une impression de concurrence souterraine (i.), paradoxalement corroborée par un discours

---

validité des lois qu'ils ont à appliquer. » (concl. P. FRYDMAN sur CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Rec. CE* p. 190).

insistant d'autojustification centré sur la protection des droits fondamentaux et la nécessaire unité de la jurisprudence (ii.).

### *i. La stratégie du positionnement jurisprudentiel*

Du fait de sa position centrale, au croisement du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité, le Conseil d'État est celui sur qui pèse la charge des potentielles contradictions entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la CEDH (et également, par comparaison, avec celle de la Cour de cassation) ; c'est donc à lui, si de telles contradictions surgissent, qu'il revient de prendre position et de tenter de desserrer l'étau dans lequel il se trouve. Son cœur penche, on l'a vu, vers la conciliation dès que cela est possible, usant pour cela de tous les outils (de filtre de la QPC, d'interprétation conforme, etc.) à sa disposition ; mais, de même qu'en matière d'articulation des procédures (voir *supra*, Partie I, section II), toutes les situations ne sont pas solvables dans le dialogue.

La question du *non bis in idem*, par exemple, est typique de ce genre de situations<sup>1</sup>. L'on sait que la CEDH et le Conseil constitutionnel sont conceptuellement opposés sur cette question, la Cour ayant traditionnellement une vision sévère de l'application du principe de non-cumul des sanctions<sup>2</sup> alors que le Conseil validait de manière constante la constitutionnalité des doubles poursuites, sous certaines conditions<sup>3</sup>. Prises en tenaille entre ces interprétations contradictoires et exposées à un risque de condamnation par la CEDH (mis en lumière par plusieurs décisions de la CEDH en 2014 et

---

<sup>1</sup> Sur cette question, voir en part. F. WASERMAN « L'application du principe *non bis in idem* et les procédures devant la CDBF », *Constitutions* 2016, p. 456, et M. ROBERT, « Le principe *non bis in idem* : vers un bouleversement du droit français de la sanction ? », *AJ pénal* 2016, p. 475. Une autre question tout autant d'actualité concerne les croisements jurisprudentiels récents entre la CEDH, le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'État autour de la prise d'effet des décisions du Conseil constitutionnel appliquée à la question de la garde à vue. Sans pouvoir la développer ici, nous renvoyons à son analyse en termes de concurrence entre juridictions par D. DE BÉCHILLON (« Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité), dont voici seulement quelques extraits parlants : « On voit se dessiner depuis quelques mois les prodromes de la relance d'un certain esprit de surenchère. L'exemple de la garde à vue est assez intéressant à cet égard. [...] À l'évidence, il ne faut pas méconnaître la part politique de cette option [par laquelle la Cour de cassation s'est ainsi montrée plus exigeante que le Conseil constitutionnel en ce qui concerne la garde à vue] : la Cour n'a certainement pas vu d'un mauvais œil la perspective d'apparaître plus sévère que le Conseil et de se donner ainsi l'image d'un « meilleur » gardien des droits fondamentaux. Elle ne s'est certainement pas attristée non plus de saisir l'occasion de donner un coup de griffe à celui qui, sur le champ de bataille, venait d'enregistrer contre elle plusieurs victoires significatives. [...] On voit donc par là comment, dans un contexte passablement conflictuel, la diversité des voies d'action contre la loi a abouti à faire monter en peu de temps le niveau de la pression juridique. De toute évidence, dans cette affaire, l'esprit de compétition a soufflé au plus fort, avec des conséquences juridiques très importantes [...] ».

<sup>2</sup> CEDH, (2<sup>e</sup> sect.), 4 mars 2014, affaire n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, *Grande Stevens et a. c/ Italie*.

<sup>3</sup> Voir entre autres les décisions n° 2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, du 25 février 2010 et n° 2014-423 QPC, *M. Stéphane R. et autres*, du 24 octobre 2014.

2015<sup>1</sup>), le Conseil d'État et la Cour de cassation se sont tous deux résolus à saisir le Conseil constitutionnel de plusieurs QPC, saisines que les juridictions suprêmes s'étaient jusque là refusées à faire puisque le principe non bis in idem n'est pas reconnu comme un principe à valeur constitutionnelle en droit français. Ces saisines (et l'influence probable de la position européenne) ont amené le Conseil constitutionnel, dans plusieurs affaires médiatisées, à tempérer sa position traditionnelle : d'une part, en interdisant le cumul s'agissant des délits et manquements d'initiés<sup>2</sup>, d'autre part, tout en maintenant sa position de principe, en l'assortissant de réserves de plus en plus strictes<sup>3</sup>. De son côté, la CEDH, sous la pression de plusieurs juridictions européennes (ou plutôt, dit la doctrine officielle, au terme d'un dialogue fructueux<sup>4</sup>), a aussi accepté d'assouplir un peu sa position en autorisant, dans son principe mais sous certaines conditions, la double poursuite pénale et fiscale<sup>5</sup>. De la sorte, les préoccupations qu'exprimait Bernard Stirn en février 2015<sup>6</sup> ont sans doute, sur cette question, en partie perdu de leur objet. Mais sur d'autres questions, sans préjuger de l'avenir ni de la capacité du Conseil d'État à se sortir des mauvais pas, il est fort probable que l'évolution de la jurisprudence entraînera toujours la création de nouvelles « poches résiduelles de conflit potentiel<sup>7</sup> » entre les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité.

Ces situations « de non-alignement des planètes » sont intéressantes car, derrière le discours sur le « dialogue des juges » et des jurisprudences dont l'espace médiatique juridique est saturé, elles sont des postes d'observation privilégiés de l'attitude du Conseil d'État dans ses rapports avec ses pairs, lorsque les tensions auquel le contrôle de conventionnalité est soumis lui permet de retrouver une certaine marge de liberté. Deux tendances apparaissent clairement : indéniablement, une volonté de privilégier la conciliation au repli ; mais aussi, que ce soit dans le dialogue ou dans l'opposition, une certaine forme de rivalité, une « stratégie proactive<sup>8</sup> », un désir de se posi-

---

<sup>1</sup> En part. CEDH, 27 nov. 2014, *Lucky Dev c/ Suède*, n° 7356/10.

<sup>2</sup> Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres*.

<sup>3</sup> Décisions n° 2016-545 QPC, *M. Alec W. et autres*, et 2016-546 QPC, *M. Jérôme C.*, du 24 juin 2016 ; n° 2016-550 QPC, *M. Stéphane R. et autre*, du 1<sup>er</sup> juill. 2016.

<sup>4</sup> Voir par ex. N. BELLOUBET, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », art. cité : « Le récent arrêt de la CEDH sur le principe non bis in idem résulte à l'évidence d'un dialogue jurisprudentiel avec le Conseil constitutionnel. La position de la CEDH était considérée comme trop orthogonale avec les pratiques de la France, notamment en matière de cumul de sanctions fiscales et pénales. Le Conseil constitutionnel a donc adopté une position singulière dans plusieurs décisions QPC de 2016. Dans cette situation particulièrement topique, la CEDH a pris appui sur la jurisprudence française, témoignant ici de la réalité et de la puissance des réseaux juridiques. »

<sup>5</sup> CEDH, Gr. Ch., 15 nov. 2016, *A. et B. c. Norvège*, n° 24130/11 et 29758/11.

<sup>6</sup> B. STIRN, « L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ? », art. cité.

<sup>7</sup> D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité », art. cité. Voir aussi M. ROBERT, « Le principe *non bis in idem* : vers un bouleversement du droit français de la sanction ? », *AJ pénal* 2016, p. 475, qui parle quant à lui de « dangereux ferment[s] de division entre le juge de la constitutionnalité et les juges de la conventionnalité ».

<sup>8</sup> D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité.

tionner au mieux (voire mieux que ses pairs) sur la scène juridictionnelle. Certes, tout est affaire d'interprétation, et comme en matière d'articulation procédurale, il est parfaitement possible de ne voir que le verre à moitié plein et de rester dans le registre laudatif. Mais que l'on nomme ce phénomène émulation, concurrence<sup>1</sup> ou surenchère<sup>2</sup>, il est certain que les juridictions s'observent les unes les autres, s'alignent, parfois se démarquent à dessein, et il est très probable que ces mouvements incessants d'ajustement ne traduisent sans doute pas uniquement la volonté louable de faire converger le niveau de protection des droits fondamentaux (ce qui correspond au discours officiel, et qu'il ne s'agit pas pour autant de nier), mais aussi, au moins pour une part – plus inavouable – la crainte d'être isolé sur la scène juridictionnelle et de voir sa légitimité s'effriter, la volonté de « donner le la<sup>3</sup> », ou celle de gagner du crédit pour pouvoir ensuite peser sur la construction du droit sur des questions importantes<sup>4</sup>. L'arrêt *Gomez*, par l'audace dont il a fait preuve en devançant à la fois la jurisprudence de la Cour de cassation et de la CEDH (voir *supra*, section a)), est peut-être un exemple supplémentaire de ce phénomène.

#### *Positionnement matériel par rapport à Strasbourg et Luxembourg*

Dans ses rapports avec les juridictions communautaire et européenne, après l'époque de la réticence puis celle du retour en grâce, le Conseil d'État se considère désormais comme un partenaire à part entière des Cours de Luxembourg et de Strasbourg. Vis-à-vis de la CEDH, des termes mêmes d'un conseiller d'État, « le Conseil d'État s'affirme désormais comme parfaitement décomplexé [...] : suivre la Cour n'est pas davantage une capitulation que ne constituerait une rébellion le refus de se plier à des solutions qu'il estimerait en conscience ne pas devoir appliquer<sup>5</sup>. » Le Conseil d'État reconnaît le poids des jurisprudences de la Cour, leur « autorité persuasive », selon la formule du président Bruno Genevois, voire une quasi-autorité de la chose jugée, et s'emploie à assurer la complète réception de la jurisprudence de la Cour en droit interne<sup>6</sup>, mais, rompu au dialogue des

---

<sup>1</sup> Voir par ex. S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », art. cité, ou R. ABRAHAM, concl. sur les arrêts *Babas* et *Belgacem*, préc.

<sup>2</sup> D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité.

<sup>3</sup> A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », art. cité.

<sup>4</sup> On trouve cependant dans la doctrine des dénégations d'une telle volonté de puissance. Voir par ex. H. LABAYLE, R. Mehdi, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », art. cité (« [Le Conseil d'État] entend moins conforter une position centrale dans un schéma de concurrence que se poser en partenaire, utile à la résolution de conflits dont on ne doit pas oublier qu'ils affectent les droits des particuliers. »)

<sup>5</sup> M. GUYOMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 311. Sur le même registre, voir la formule : « Ni capitulation, ni rébellion : dialogue » (chron. de C. LANDAIS et F. LENICA sur CE, 11 déc. 2006, n° 234560, *De Groot en Slot Allium B. V. et autres*, Rec. CE p. 512 ; AJDA, 2007 p. 136).

<sup>6</sup> Voir par ex. les concl. de R. ABRAHAM sur l'arrêt *Bitouzet* (préc.), Rec. CE, p. 288, qui, à cet égard, sont particulièrement éloquentes.

juges, il s'estime en mesure d'accorder toute sa place au principe de subsidiarité qui lui laisse une certaine marge d'appréciation. Comme nous l'avons rappelé, il n'hésite pas à anticiper, voire à s'émanciper de la ligne de la Cour lorsqu'il l'estime nécessaire. La CEDH semble d'ailleurs parfaitement souscrire à ce positionnement, qui permet parfois de laisser au juge national certaines questions sensibles plus à même d'être résolues par un juge national, sans rien lui retirer de son pouvoir de condamnation, le cas échéant. Selon les termes de son président lors d'un récent colloque, « Le vice-président Jean-Marc Sauvé a [...] parfaitement raison de parler de "rapatriement de la garantie des droits fondamentaux au sein des États". [...] Le monde idéal serait d'ailleurs celui où notre Cour ne serait saisie que des questions les plus essentielles, laissant aux juges nationaux le soin d'assurer la protection quotidienne. [...] » ; le président a ensuite félicité le Conseil d'État pour toutes les fois où il prend l'initiative d'« anticiper une jurisprudence éventuelle de Strasbourg pour éviter la zone de non-droit conventionnel », comme il l'a fait dans l'arrêt *Gomez* : « Je me réjouis que la solution, dans une matière aussi délicate et complexe, ait été trouvée par le juge interne<sup>1</sup>. » De la même manière, les arrêts *Arcelor* et *Conseil national des Barreaux* ont montré que le Conseil d'État s'estime désormais suffisamment « mature » dans sa relation avec la CJUE (ce qu'il est certainement) pour décider de renvoyer ou non une question préjudicielle sans risquer d'être taxé de la méfiance d'antan. Ainsi s'opère une « renationalisation » du contentieux des droits fondamentaux que certains avaient appelée de leurs vœux<sup>2</sup>.

La compétition pour la mise en œuvre du droit communautaire ou européen, pour autant, se déplace d'autant plus sur le terrain interne. Même si, entre le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, les frictions tendent à se résorber, pour la simple raison que toutes ces juridictions sont tenues de respecter la jurisprudence de leurs consœurs européenne et communautaire, toute rivalité n'a pas disparu.

#### *Rivalités jurisprudentielles avec la Cour de cassation*

La jurisprudence administrative ne manque pas d'exemples où le Conseil d'État, pour éviter de se placer en délicatesse avec les avancées jurisprudentielles de la Cour de cassation et de fragiliser ainsi sa propre position, accepte, parfois sans enthousiasme excessif, de s'aligner sur une solution dégagée par son homologue judiciaire. La série jurisprudentielle *Draon* (suite et fin de l'affaire *Perruche*) offre à cet égard un exemple particulièrement intéressant. L'on sait que dans un avis d'assemblée de 2002<sup>3</sup>, le Conseil d'État, faisant droit aux justifications d'éthique, d'équité et de bonne organisation du système de santé invoquées par le gouvernement, avait d'abord lapidairement refusé d'admettre l'incompatibilité de l'article 1

---

<sup>1</sup> G. RAIMONDI, « La relation de la Cour de Strasbourg avec les juges internes », art. cité.

<sup>2</sup> Tel était le souhait du Président de la République, M. Sarkozy, lorsqu'il mit en œuvre la réforme constitutionnelle de 2008 introduisant la QPC (voir D. SIMON, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », art. cité).

<sup>3</sup> CE, avis, ass., 6 déc. 2002, n° 250167.

de la loi du 4 mars 2002 (qui, contrant la jurisprudence *Perruche*, supprimait le préjudice résultant des « charges particulières » découlant du handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute médicale) avec l'article 1P1<sup>1</sup>. Les requérants portèrent leur cause devant la CEDH et obtinrent gain de cause en octobre 2005<sup>2</sup>. Quelques mois plus tard, la Cour de cassation eut à juger de demandes de réparation similaires et, conformément à la jurisprudence européenne, les admit par trois arrêts du 24 janvier 2006<sup>3</sup> en se fondant explicitement sur la notion d'espérance légitime. Tout juste un mois plus tard, le Conseil d'État opéra un revirement de jurisprudence, reconnaissant à son tour que l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 était incompatible avec l'article 1P1 et faisant ainsi droit à la théorie des espérances légitimes de la CEDH<sup>4</sup>. Dans cette affaire, la proximité temporelle de l'arrêt du Conseil d'État avec le désaveu de la Cour de Strasbourg, mais aussi avec les arrêts rendus par la Cour de cassation tout juste un mois auparavant, donne au revirement un intérêt particulier. Pour le Pr. Plessix, la brièveté des conclusions du commissaire du gouvernement et la rédaction de l'arrêt dénotent un revirement contraint, « moins par conviction que par souci de ne pas rallumer la "guerre des juges"<sup>5</sup> ». L'on voit ainsi que l'obligation de s'aligner sur la jurisprudence européenne peut se doubler d'une pression interne, ce qui la rend d'autant plus forte que l'isolement serait complet en cas d'obstination.

Dans la configuration inverse comme celle déjà évoquée de l'imbroglie *Melki et Abdeli* d'avril-mai-juin 2010, nous avons vu comment le Conseil d'État savait saisir le prétexte d'une affaire sans lien avec la mise en œuvre du droit de l'Union pour s'inviter dans le débat préjudiciel en renfort du Conseil constitutionnel et jouer le « bon élève » auprès de la CJUE (voir *supra*, Partie I, section II. A). Plus subtilement, et sur le plan de la jurisprudence, la question de l'applicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux autorités de régulation dotées d'un pouvoir de sanction a donné lieu à une série de décisions montrant bien les enjeux de positionnement du Conseil d'État par rapport à la Cour de cassation et à la CEDH<sup>6</sup>. Si le Conseil d'État s'était rangé à la position de la Cour de Strasbourg selon laquelle les notions de « contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil » et d'« accusations en matière pénale » sont des notions autonomes, et en avait déduit que des *décisions* de nature administrative comme les pénalités fiscales et les sanctions financières prononcées par diverses autorités administratives entraient dans le

---

<sup>1</sup> CE, avis, ass., 6 déc. 2002, n° 250167. Alors pourtant que seulement quelques mois auparavant, la France avait été condamnée par la CEDH sur le terrain de l'espérance légitime (CEDH, 16 avril 2002, SA Dangeville c/ France, n° 36677/97).

<sup>2</sup> CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Draon c/ France* et *Maurice c/ France*, n° 1513/03 et 11810/03.

<sup>3</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 2006, n° 02-12260, 02-13775 et 01-16684.

<sup>4</sup> CE, 24 février 2006, n° 250704.

<sup>5</sup> B. PLESSIX, « Chronique de droit administratif », *JCP G* n° 25, 21 juin 2006, doct. 150.

<sup>6</sup> Sur l'histoire de cette suite jurisprudentielle, voir les conclusions de M. GUYOMAR (que nous remercions pour ses éclairages utiles sur les dessous de cette affaire) sur CE, 27 oct. 2006, *M. Parent et autres*, préc. : *LPA*, n° 253, 20 déc. 2006, p. 4.



champ d'application de l'article 6, § 1, sa jurisprudence considérait que l'article 6 ne s'appliquait pas pour autant à la *procédure*, non juridictionnelle, suivie devant ces autorités<sup>1</sup>. Or, sur ce point qui n'avait pas été tranché par la CEDH et que rien n'imposait, la Cour de cassation a décidé d'adopter une position différente, jugeant que l'exigence d'impartialité posée par l'article 6 s'appliquait aux procédures tenues devant les autorités administratives et que le rapporteur qui instruit une affaire ne pouvait donc pas participer au délibéré<sup>2</sup>. Cette anticipation mettait le Conseil d'État dans une situation difficile : d'un côté, l'alignement sur la Cour de cassation pouvait paraître à la fois superflu (car conformément à sa jurisprudence *Sophie*<sup>3</sup>, l'exigence d'impartialité était déjà de toute façon considérée comme un principe général du droit) et fâcheux (car l'interdiction faite au rapporteur de participer au délibéré aurait bouleversé toutes les procédures administratives) ; mais de l'autre, en défendant une telle position, le Conseil d'État courait le risque qu'on lui reproche de préférer son propre corpus à celui de la Convention européenne et de faire preuve de réticence à l'égard de la construction juridique européenne et la protection des droits de l'homme. Réagissant rapidement, dans l'arrêt *Didier*<sup>4</sup>, le Conseil d'État a choisi la voie de l'alignement partiel, consentant à une évolution de sa jurisprudence en admettant que l'article 6 § 1 s'applique, dans une certaine mesure, dès la phase administrative d'une procédure, mais en maintenant que compte tenu de ses pouvoirs, le rapporteur peut participer au délibéré sans méconnaître l'exigence d'impartialité. Lorsque la CEDH a jugé la même affaire, en 2002, elle a repris le sens de la décision *Didier* du Conseil d'État, jugeant que « même si le rapporteur participe au délibéré, la circonstance qu'il ait obtenu une connaissance précise de l'affaire du fait d'avoir mené l'instruction ne contrevient en aucune façon au principe d'impartialité<sup>5</sup> ».

Même si le Conseil d'État ne communique toujours qu'à mots couverts et fort cordialement sur ce qu'il peut penser des positionnements de la Cour de cassation, restant toujours résolument positif et centré sur les avancées dans la protection des droits de l'homme<sup>6</sup>, cette série d'arrêts est une illustration de la question politique de positionnement qui se cache souvent derrière la simple question juridique et de la manière dont le Conseil d'État arrive à peser sur la construction du droit européen en faisant habilement évo-

---

<sup>1</sup> CE, avis, sect., 31 mars 1995, n° 164008, *Ministre du Budget c/ SARL Auto-industrie Méric*, *Rec. CE*, p. 154.

<sup>2</sup> Cass, ass. plén., 5 février 1999, n° 97-16.441, *COB c. Oury*, *Bull. ass. pl.*, n° 1, p. 1.

<sup>3</sup> CE, sect., 27 avril 1988, *Rec. CE* p. 160.

<sup>4</sup> CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, préc.

<sup>5</sup> CEDH, 27 août 2002, n° 58188/00, *Didier c. France*.

<sup>6</sup> En l'espèce, il faut savoir lire entre les lignes des différentes interventions relatives à l'histoire de l'applicabilité de l'article 6 aux autorités administratives pour retracer l'enjeu de positionnement par rapport à la CEDH et à la Cour de cassation ; voir par ex. J.-M. SAUVÉ, « Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques », intervention lors du colloque de la Société de législation comparée à Paris au Conseil d'État, 12 octobre 2012 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Autorites-administratives-droits-fondamentaux-et-operateurs-economiques>) ou les conclusions de M. GUYOMAR sur CE, 27 oct. 2006, *M. Parent et autres*, préc.

luer sa jurisprudence : pour rester audible aussi bien en interne que vis-à-vis de la CEDH, le Conseil d'État a dû montrer qu'il acceptait de parler le langage européen et n'était pas arqué sur le corpus de principes généraux franco-français, en acceptant de faire évoluer sa jurisprudence même si la rigueur juridique ne l'imposait pas réellement ; mais il l'a fait en ménageant une marge de manœuvre, par la distinction entre l'impartialité objective et l'impartialité fonctionnelle, sans aller plus loin que ce qu'il estimait être exigé par la Convention européenne, et ce pari s'est révélé gagnant.

#### *Rivalités jurisprudentielles avec le Conseil constitutionnel*

Dans ses rapports avec le Conseil constitutionnel, le discours officiel du Conseil d'État est également placé sous l'égide officielle du dialogue, de la convergence et de l'utile conjugaison des effets du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité<sup>1</sup>, d'autant plus que la concurrence entre ces deux contrôles aurait été, en ce qui concerne le fond du contrôle, en grande partie vidée de sa substance par la clarification des attributions opérée par la QPC, le problème étant déplacé vers des difficultés d'articulation procédurale<sup>2</sup> (voir *supra*, Partie I, section II. A). De fait, il existe de nombreux exemples d'harmonie entre la jurisprudence du Conseil d'État et celle du Conseil constitutionnel, un des plus célèbres étant peut-être la reprise du schéma de la décision *Économie numérique* par la décision *Arcelor*. Sur le plan matériel, toutes les fois que le Conseil d'État juge qu'une norme n'est pas inconventionnelle alors que le Conseil constitutionnel a préalablement jugé, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a priori* ou d'une QPC, qu'elle n'était pas inconstitutionnelle, il fait le choix implicite de ne pas désavouer ce dernier. Dans l'arrêt *Blanc et autres*<sup>3</sup>, par exemple, en rejetant le moyen d'inconventionnalité de la loi organique du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution (qui avait, comme toute loi organique, fait l'objet d'un contrôle du Conseil constitutionnel), après avoir d'abord jugé qu'en l'absence de changement dans les circonstances de droit et de fait, la demande de QPC devait être rejetée,

---

<sup>1</sup> Voir par ex. C. PICHERAL (dir.), « Dialogue des juges et européanisation du droit administratif », *Cahiers de l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, n° 13, 2012 (<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/Cahiers-de-IIEDH-nÂ°-131.pdf>) : « Au total, loin d'être incompatibles, le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité peuvent utilement conjuguer leurs effets. » Sur la convergence, parmi d'innombrables références, voir par ex. les conclusions sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux* (préc.) (« [...] Mais à ce système normatif en éclosion implique une solide organisation : à la convergence ou la complémentarité des ordres juridiques doit répondre la coopération entre les juridictions. Rien ne serait pire, dans ce contexte, qu'une instrumentalisation de votre juridiction aux fins d'opposer deux ordres juridiques qu'il faut au contraire s'efforcer de combiner entre eux. [...] nous relevons que les jurisprudences de la Cour de justice comme de la Cour européenne sont clairement engagées dans le sens de la convergence », ou J.-P. COSTA, « Les deux Europe des juges obéissent au principe des convergences parallèles », *Rec. Dalloz* 2007, p. 360.

<sup>2</sup> Voir *supra*, Partie I, section II. 0, et S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », art. cité. *Contra* : D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », préc., qui montre au contraire que « l'irruption de la QPC a suscité de considérables mouvements réactifs sur le terrain de la compétition entre les juges. »

<sup>3</sup> Préc. Voir *supra*, Partie I, section I. 0. 0. 0 0.

le Conseil d'État conforte implicitement le jugement du Conseil constitutionnel.

Cependant, tout comme avec la Cour de cassation, le discours sur le dialogue cache parfois des rapports de force, ce dont témoignent tout particulièrement certaines jurisprudences croisées du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité.

La question des lois de validation est l'exemple le plus connu : chacun sait que depuis 1980, le Conseil constitutionnel soumettait la validité des lois de validation rétroactives, hors matière pénale et sans préjudice de l'autorité de la chose jugée, à l'existence d'un « motif d'intérêt général<sup>1</sup> », critère sur lequel le Conseil d'État s'était aligné<sup>2</sup>. Après que la CEDH vint condamner la France en sanctionnant une loi de validation pourtant préalablement déclarée constitutionnelle, au motif qu'elle ne répondait à aucun motif *impérieux* d'intérêt général<sup>3</sup>, le Conseil constitutionnel renforça immédiatement son contrôle, exigeant qu'un motif « d'intérêt général *suffisant* » fût démontré<sup>4</sup>. La position du Conseil d'État devenait alors complexe : « devait-il reprendre plus directement les termes du juge européen ou poursuivre son travail de transposition de la jurisprudence du Conseil ?<sup>5</sup> » Il choisit, dans son avis d'assemblée *Provin*, de se distancer de la jurisprudence constitutionnelle et d'aligner son contrôle sur celui de la CEDH, élevant non seulement le standard aux « motifs impérieux d'intérêt général », comme la jurisprudence de la CEDH l'exigeait<sup>6</sup>, mais appliquant aussi la même grille d'analyse que la Cour pour déterminer la finalité de l'ingérence du législateur. Le Conseil constitutionnel, après une certaine résistance<sup>7</sup>, finit par se ranger à ce standard d'« impérieux motif d'intérêt général<sup>8</sup> ».

Cette histoire peut être interprétée comme un exemple typique et admirable de dialogue entre les juridictions et de convergence vers une plus grande protection des droits fondamentaux. Elle l'est, sans aucun doute. Mais on peut aussi apercevoir derrière ces méandres jurisprudentiels un certain rapport de force entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. D'abord, le Conseil d'État, en choisissant en 2005 de privilégier l'application de la jurisprudence de la Cour sur celle de son voisin constitutionnel, affirme son indépendance et renforce son crédit à la fois auprès de Strasbourg et sur la scène juridique, se posant en « meilleur » garant des

---

<sup>1</sup> Cons. const., 22 juill. 1980, décision n° 80-119 DC, *Lois de validation*.

<sup>2</sup> CE, ass., 5 déc. 1997, *M<sup>me</sup> Lambert*, préc.

<sup>3</sup> CEDH, 28 oct. 1999, n° 24846/95, 34165/96 et 34173/96, *Zielinsky et Pradal & Gonzalez et autres c. France*.

<sup>4</sup> Cons. const., 21 déc. 1999, n° 99-422 DC, *Loi de financement de sécurité sociale pour 2000*.

<sup>5</sup> C. PICHERAL (dir.), « Dialogue des juges et européanisation du droit administratif », art. cité.

<sup>6</sup> CE, avis, ass., 27 mai 2005, *Provin*, préc. Voir aussi CE, 23 juin 2004, *Société Laboratoire Genévrier*, préc.

<sup>7</sup> Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-53 QPC, *Société Plombinoise de Casino*.

<sup>8</sup> Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, *Selarl PJA*.

droits fondamentaux. Mais ensuite, le Conseil constitutionnel opère un rattrapage tout aussi habile en choisissant finalement d'adopter le standard européen : bien plus qu'un alignement tardif et penaud, ce revirement lui permet en effet, par un changement de vocabulaire à moindres frais, de préempter le jugement porté sur les lois de validation. La QPC étant prioritaire et une QPC jugée s'appliquant à toutes les questions similaires successives, hors changement de circonstances, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il valide la constitutionnalité d'une loi de validation, rend beaucoup plus difficile pour la CEDH ou pour le Conseil d'État de juger le contraire au titre du contrôle de conventionnalité, puisque le standard est désormais le même<sup>1</sup>. En l'espèce, peu après cet alignement, le Conseil d'État a effectivement constaté la conventionnalité d'une loi de validation qui avait préalablement été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC<sup>2</sup>. On le voit, l'enjeu n'est pas toujours d'avoir un « pouvoir de dernier mot<sup>3</sup> », mais aussi parfois d'avoir le premier.

Pour prendre un dernier exemple récent, la jurisprudence relative à la confiance légitime montre peut-être aussi une certaine compétition entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel : la réception relativement claire de la notion de confiance légitime par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2013 sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014<sup>4</sup>, réception confortée par le commentaire autorisé<sup>5</sup> et par l'analyse doctrinale<sup>6</sup>, est intervenue un an à peine après la décision *Société EPI*<sup>7</sup> du Conseil d'État qui, si elle avait aussi été interprétée comme l'intégration d'un concept autonome d'espérance légitime en droit administratif<sup>8</sup>, était formulée de manière beaucoup moins claire. Surtout, la décision du Conseil constitutionnel vient désavouer la position traditionnelle du Con-

---

<sup>1</sup> Nous remercions M. Guyomar pour son éclairage utile sur cette question.

<sup>2</sup> CE, ss-sect., 23 janv. 2015, n° 362585, *Société Casino du Grand Café*, inédit au Rec. CE.

<sup>3</sup> Voir D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité.

<sup>4</sup> CC, n° 2013-682 DC, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*.

<sup>5</sup> Qui énonce que « jusqu'à la décision du 19 décembre 2013 commentée, le Conseil avait toujours refusé de reconnaître, en tant que tel, un principe de confiance légitime », même s'il réaffirme quelques lignes plus loin son refus de consacrer en tant que tel un principe de sécurité juridique (Cons. const., commentaire de la décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013682DCccc\\_682dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013682DCccc_682dc.pdf)). Dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité sur un autre dispositif fiscal avantageux supprimé par le législateur, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs confirmé la nouvelle formule de la protection contre les remises en cause des « effets qui peuvent légitimement être attendus [des situations légalement acquises] » (Cons. const., n° 2014-435 QPC, 5 décembre 2014, *M. Jean-François V. [Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus]*).

<sup>6</sup> B. DELAUNAY, « La confiance légitime entre discrètement au Conseil constitutionnel », *AJDA* 2014, p. 649 ; voir aussi B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », art. cité, et F. GRECH, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », art. cité.

<sup>7</sup> Préc.

<sup>8</sup> B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », art. cité.

seil d'État qui a jusqu'à présent fermement refusé de consacrer explicitement un concept de confiance légitime<sup>1</sup>. En souscrivant à l'analyse d'un commentateur pour qui le Conseil « parachève sa mutation en garant des droits – subjectifs – des justiciables<sup>2</sup> », il est permis de voir à l'œuvre la lutte entre juridictions pour la protection des droits fondamentaux. Celle-ci se laisse aussi deviner derrière le discours d'autojustification du Conseil d'État.

## ii. *Le discours d'autojustification du Conseil d'État*

Le Conseil d'État revendique aujourd'hui, plus que jamais, et d'une manière d'autant plus visible que les moyens de communication modernes en accentuent l'écho, un rôle éminent de protecteur des droits fondamentaux. Sans aucunement dénier la véracité de ce rôle ni le succès avec lequel le juge administratif le joue, il est toutefois intéressant de constater que le Conseil d'État a, aujourd'hui tout autant que par le passé, besoin de clamer haut et fort son rôle de protecteur des droits et libertés.

Comme chacun sait, dès sa transformation en une véritable juridiction en 1872 et les coups de force interprétatifs de 1873 qui lui ont permis de prendre sa place dans le paysage institutionnel, le Conseil d'État a eu besoin de fonder sa légitimité et de justifier la pertinence de la dualité de juridiction française. Que ce soit par le travail de conviction et de justification opéré par les grands conseillers d'État dans leurs conclusions sur les arrêts fondateurs du droit administratif ou par les grandes constructions doctrinales de Maurice Hauriou, Léon Duguit ou Gaston Jèze (pour ne citer que ces auteurs), commentant et systématisant les décisions du Conseil d'État, théorisant les fondements ou les objectifs du droit administratif, l'insérant dans l'ensemble plus global du droit public dont elles entendaient dégager les grands principes<sup>3</sup>, le droit administratif a montré le besoin de se fonder et de se légitimer pour réussir à s'imposer face à son homologue judiciaire, défendre son périmètre de compétence face aux attaques de ce dernier et faire accepter son existence aux administrés, légitimement méfiants devant cette émanation de l'Administration que l'on pouvait initialement croire plutôt biaisée en faveur de son créateur. Jusqu'en 1954, quand Georges Vedel rédige son célèbre article sur les bases constitutionnelles du droit administra-

---

<sup>1</sup> Le Conseil d'État, dans l'arrêt *KPMG* (préc.), a explicitement affirmé ne pas reconnaître ce principe en droit interne, et a depuis régulièrement affirmé que « le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union européenne, ne trouve à s'appliquer, dans l'ordre juridique national, que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit de l'Union européenne » (voir par ex. CE, 9 mai 2001, *Sté mosellane de transaction*, n° 211162).

<sup>2</sup> E. JOANNARD-LARDANT, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en droit fiscal », *Revue de droit fiscal*, n° 10, 6 mars 2014, étude 191.

<sup>3</sup> Voir entre autres, les ouvrages de L. DUGUIT (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, rééd. Dalloz, coll. « Bibl. Dalloz », 2003) ; M. HAURIOU (*Principes de droit public*, op. cit. ; *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12<sup>e</sup> éd., 1933 ; ou encore G. JÈZE (*Les principes généraux du droit administratif*, 6 vol., 3<sup>e</sup> éd., éd. Giard, 1925-1936, rééd. des trois premiers tomes chez Dalloz, coll. « Bibl. Dalloz », 2003-2011).

tif<sup>1</sup>, l'on sent encore ce besoin de trouver un fondement solide au droit administratif, construction fondamentalement prétorienne et donc particulièrement sujette à la critique dans un pays de tradition légicentriste comme la France<sup>2</sup>. *A posteriori*, il est clair que cette entreprise, sinon de fondation<sup>3</sup>, du moins de légitimation a réussi, principalement parce que le Conseil d'État a su développer au fil de ses décisions une conception du droit administratif tout autant empreinte de protection des droits des administrés face aux caprices du Pouvoir que de prise en compte de l'intérêt général et des spécificités de l'Administration et du service public. Le droit administratif, et par extension le Conseil d'État, se sont donc imposés de manière incontournable dans le paysage juridico-institutionnel français, au point de voir leur noyau dur de compétence érigé au rang constitutionnel<sup>4</sup>.

Et pourtant, il semble qu'aujourd'hui encore, dans un système juridique devenu l'imbrication de différents ordres et de différentes juridictions, dont les multiples normes de référence de la protection des droits fondamentaux se ressemblent, le Conseil d'État ressent plus que jamais besoin de justifier ses décisions, de renouveler sa légitimité, et qu'il le fait en affirmant haut et fort son rôle de protecteur privilégié des droits et libertés des individus. Le Conseil d'État a développé depuis plusieurs années (il n'est d'ailleurs pas le seul) toute une stratégie de communication, de *marketing* pourrait-on presque dire, digne des plus grandes entreprises. Que ce soit au travers de ses publications annuelles, des nombreux discours et interventions de ses représentants (vice-président, président de la section du contentieux) ou de publications doctrinales, le Conseil d'État tire profit de chaque occasion pour rappeler l'importance de ce rôle et la manière dont il a contribué à le remplir. On trouve par exemple sur le site internet du Conseil de nombreux documents sur ce thème : « Le juge administratif, protecteur des libertés<sup>5</sup> », « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen<sup>6</sup> », « Niveaux de protection des droits fondamentaux<sup>7</sup> »,

---

<sup>1</sup> G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, p. 21.

<sup>2</sup> Pour un panorama de ces différentes critiques, à l'époque de l'après-guerre mais aussi dès les débuts de la juridiction administrative et jusqu'à nos jours, voir B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 380-382.

<sup>3</sup> Pour une critique de l'entreprise de fondation du droit administratif, voir l'article de D. BARANGER, « Uncovering the Foundations of Administrative Law? », dans le numéro 16 de la revue *Jus Politicum* (juillet 2016) consacré au livre de M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law* (Oxford, Oxford University Press, 2010) [<http://juspoliticum.com/article/Uncovering-the-Foundations-of-Administrative-Law-1112.html>].

<sup>4</sup> Cons. const., 23 janv. 1987, décision n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

<sup>5</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif, protecteur des libertés », intervention au colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Université d'Auvergne, 16 juin 2016, (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>).

<sup>6</sup> J.-M. SAUVÉ, « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen », art. cité.

<sup>7</sup> B. STIRN, « Niveaux de protection des droits fondamentaux », art. cité.

« Le juge administratif et la protection des libertés et droits taux<sup>1</sup> », « Justice administrative et État de droit<sup>2</sup> », « Le juge administratif et les droits fondamentaux<sup>3</sup> », etc., sans compter les interventions consacrées à d'autres sujets qui abordent incidemment la protection des droits fondamentaux par le juge administratif. Il arrive fréquemment que ces discours évoquent des rivalités entre juridictions ou ordres juridiques (ce qui suffit à prouver leur existence)<sup>4</sup>, mais c'est pour immédiatement les minimiser et en appeler à une « éthique de responsabilité<sup>5</sup> » et de la convergence des jurisprudences. L'accent est surtout mis sur l'efficacité du juge administratif dans la protection des libertés et des droits fondamentaux, sur l'absence de rupture avec son office traditionnel, sur le respect par le juge des attributions et des solutions dégagées par ses pairs<sup>6</sup> et sur l'unité qui, dans un système d'ordres juridiques multiples et imbriqués, doit guider la jurisprudence des différents juges. L'instauration du contrôle de conventionnalité *in concreto* s'est tout naturellement insérée dans cette rhétorique.

La mission du juge administratif de protecteur des droits et libertés ressort ainsi de manière beaucoup plus marquée, aujourd'hui, que celle de sauvegarde de l'intérêt général et de l'ordre public ou de préservation de la marge d'action de l'Administration. Encore une fois, cette mission n'est pas nouvelle, si bien que l'on ne peut pas vraiment parler d'une mutation de son office. Mais elle semble prendre le pas, sinon dans la jurisprudence, du moins dans le discours officiel, sur la sauvegarde des intérêts collectifs, comme si le Conseil d'État forçait le trait pour mieux renforcer son positionnement, pour exister sur la scène juridictionnelle. Écoutons par exemple le vice-président du Conseil d'État :

---

<sup>1</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », art. cité.

<sup>2</sup> *Id.*, « Justice administrative et État de droit », art. cité.

<sup>3</sup> *Id.*, « Le juge administratif et les droits fondamentaux », art. cité.

<sup>4</sup> *Id.*, « Le juge administratif, protecteur des libertés », art. cité : « Nos concitoyens attendent de leur justice une mobilisation totale, une capacité de rassemblement et une source de cohésion. Ce qui suppose de ne pas se perdre dans des querelles d'un autre temps, de rejeter tout corporatisme, de pratiquer l'ouverture et de se concentrer sur les questions de fond. Au débat, inaudible pour nos concitoyens, sur les compétences et les « prés carrés » des uns et des autres, j'opposerais volontiers un autre débat que nous aurions tort de négliger et qui est le seul qui vaille : comment chaque ordre de juridiction assure-t-il hic et nunc la protection des libertés ? », ou *id.*, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », art. cité : « S'il faut prendre au sérieux les rivalités, les affrontements, voire les aspirations quasi-conquérantes de certains systèmes ou ordres juridiques – je pense en particulier aux effets extraterritoriaux de certaines lois nationales –, il est pour autant nécessaire de ne pas s'enfermer dans une posture insulaire et non coopérative, qui serait inefficace et nécessairement perdante ».

<sup>5</sup> *Id.*, « Le contrôle de constitutionnalité en Europe », art. cité, ou encore *id.*, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », art. cité.

<sup>6</sup> Voir par ex. *id.* « Le juge administratif, protecteur des libertés », art. cité : « Il est tout à fait remarquable de constater que, depuis trois décennies, le législateur a élargi, avec une grande constance et une grande cohérence, les pouvoirs du juge administratif dans le périmètre des compétences qui lui était assigné et qui est demeuré globalement inchangé, contrairement à ce qui est si souvent, mais inexactly affirmé ».

[...] Ces quelques exemples confirment que « Le droit administratif évolue aujourd'hui plus nettement qu'hier vers un droit des libertés publiques. Cependant que la juridiction administrative tend à répondre à la façon dont elle est communément conçue : une juridiction des droits de l'homme. » [citant René Chapus]. Ce qui était caché, voire nié, y compris par certains membres de cette juridiction, apparaît désormais plus clairement. L'écart entre la réalité du rôle joué par le juge administratif en matière de protection des libertés et des droits fondamentaux et la conscience de ce rôle s'en trouve heureusement réduit. [...] Depuis l'instauration, certes encore limitée, du contrôle de constitutionnalité des lois et l'application, par le truchement du contrôle de conventionnalité, de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit communautaire, le juge administratif, dont la propre jurisprudence le portait déjà à la défense des libertés et à un contrôle rigoureux de l'action administrative, a encore intensifié le contrôle qu'il effectue. À partir des acquis très solides de sa jurisprudence, renforcés par son appropriation de la procédure du référé-liberté, il s'est engagé très clairement depuis plus de deux décennies dans une nouvelle étape de son action, au point que l'on puisse être tenté d'affirmer, si l'on voulait paraphraser Verlaine, qu'il n'est plus tout à fait le même, sans pour autant qu'il soit devenu tout à fait un autre<sup>1</sup>.

Au-delà de la véracité du discours, qui ne fait pas de doute (pas plus que le bien-fondé de la mission), il est difficile de mesurer la part due à une concurrence réelle entre juridictions et celle simplement due à l'exposition médiatique accrue depuis une vingtaine d'année. Plusieurs arguments militent cependant dans le sens d'un renouvellement réel du besoin de légitimation et donc de la rhétorique qui l'entoure. D'abord, des exemples récents ont montré que le champ de compétence du juge administratif n'est jamais à l'abri d'attaques judiciaires<sup>2</sup> et que la légitimité de la dualité de juridiction

---

<sup>1</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », art. cité. Sur la question de la mutation de son office, voir aussi *id.*, « Le juge administratif et les droits fondamentaux », art. cité : « L'essor des droits subjectifs a profondément remodelé la structure du contentieux administratif en mettant en lumière certaines lacunes de l'office du juge de l'excès de pouvoir et la nécessité d'assurer, au-delà de la soumission de l'administration au droit, une protection efficace des droits fondamentaux des personnes. Il y a certes eu un changement de paradigme dans l'office du juge administratif, mais ce dernier n'a pas renoncé à son office historique de juge de la légalité objective. Il n'y a pas eu substitution, inversion ou abandon de rôles, mais complémentarité et enrichissement du rôle initial du juge. Au total, le juge administratif français a conservé ses acquis historiques, tout en sachant combler ses insuffisances. Si aujourd'hui ses décisions mettent en lumière le rôle nouveau qu'il joue dans la protection des droits fondamentaux, c'est parce qu'il assure, depuis plus de 15 ans, un contrôle rapide, efficace et adapté de l'action administrative, qui apporte des solutions concrètes aux cas de droits ou d'intérêts lésés ou froissés des administrés, sans se borner à simplement censurer les illégalités. Il n'est certes pas d'œuvre, *a fortiori* juridique, qui ne puisse être perfectionnée, mais le système actuel eût sûrement donné satisfaction au Huron de Jean Rivero. »

<sup>2</sup> Le juge judiciaire a par exemple récemment tenté d'empiéter sur le périmètre matériel du contrôle de conventionnalité du juge administratif, avant que le Tribunal des conflits ne vienne fermement rappeler que l'article 55 de la Constitution ne prescrit ni n'implique de dérogation au principe de la compétence administrative lorsqu'est en cause la légalité d'une disposition réglementaire « alors même que la contestation porterait sur la compatibilité d'une telle disposition avec les engagements internationaux » (T. confl., 17 oct. 2011, *SCEA du Chêneau*, n° 3828 et 3829, *Rec. CE* 2011, p. 698). Voir *supra*, Partie I, section I. 0.



est toujours susceptible d'être remise en question. Ensuite, les droits protégés par les diverses juridictions suprêmes sur le fondement de la Constitution ou des conventions internationales, Convention européenne des droits de l'homme en tête, étant peu ou prou les mêmes, et les procédures concurrentes s'étant multipliées, les risques de chevauchement matériels et de jurisprudences contradictoires sont exacerbés, si bien qu'il n'est pas exagéré de croire qu'il y a effectivement, non seulement au plan procédural (voir *supra*, Partie I) mais aussi au plan matériel, un contexte de plus forte concurrence pour la protection des droits et libertés individuelles, comme si les différentes juridictions, derrière leurs protestations de dialogue et de conciliation, se livraient un combat pour savoir qui protégera le mieux les droits et libertés, et donc sera le moins susceptible de voir sa légitimité contestée. Enfin, les requérants eux-mêmes ont parfaitement compris le profit qu'ils pouvaient tirer de la diffraction de la défense de leurs droits entre plusieurs juridictions et n'hésitent pas à utiliser les moins failles du système pour faire valoir leurs intérêts<sup>1</sup>, ce qui oblige là encore les différentes cours suprêmes (notamment le Conseil d'État) à se positionner les unes par rapport aux autres.

\*

La longue démonstration qui précède ne doit pas donner l'impression que l'on exagèrerait la portée des petites luttes de pouvoir entre juridictions ni celle de la rhétorique qui les entoure. Mais les gens heureux n'ayant pas d'histoire, pour raconter celle du Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité, il est à la fois plus facile et, pensons-nous, plus instructif, d'insister davantage sur les désaccords et les rebondissements que sur les convergences. Mais pour une large part, le dialogue des juges et des jurisprudences est une réalité, et indépendamment du dialogue, chaque juridiction tente d'exercer au mieux sa mission, avec honnêteté et indépendance et les convictions propres qui sont les siennes, cela n'est pas en doute ; de

---

<sup>1</sup> Stratégies du reste peu masquées et parfaitement repérées par la doctrine. Voir par ex., à propos de l'arrêt *Jacob* : « Les stratégies déployées par les plaideurs ont en effet tenté d'en tirer parti immédiatement. Soit afin de profiter d'une interprétation du droit interne « à la lumière » des solutions européennes, soit et plus radicalement, afin d'essayer de provoquer la mise à l'écart de ce droit interne en cas de contrariété » (H. LABAYLE, R. MEHDI, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », art. cité), ou : « il est tout à fait possible de penser que les requérants ont tout intérêt à développer une stratégie contentieuse du "plus offrant" : si le Conseil constitutionnel décide de différer dans le temps l'abrogation d'une loi contraire à un droit ou à une liberté constitutionnelle, les requérants ne bénéficiant pas de cette abrogation auront tout intérêt à invoquer l'inconventionnalité de cette même loi, afin de bénéficier de son inapplicabilité immédiate. Cette stratégie aura d'autant plus de chances d'être couronnée de succès que, d'une part, les droits garantis notamment par la Convention européenne des droits de l'homme sont globalement fort proches de ceux garantis par la Constitution française et que, d'autre part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend de plus en plus à s'aligner sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme » (S. PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », art. cité) ; ou encore, de manière générale : X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *RDLF* 2014, chron. n° 2 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com)).

fait, les planètes jurisprudentielles sont largement alignées et lorsque ce n'est pas le cas, leur convergence tend effectivement à une élévation du niveau de protection des droits de l'homme ; et, avec Denys de Béchillon, « il y a plutôt lieu de s'en réjouir<sup>1</sup> ».

En ce qui concerne, toutefois, la justification par la protection croissante des droits fondamentaux dans le cas spécifique du contrôle de conventionnalité *in concreto* de l'arrêt *Gomez*, il est permis d'émettre quelques réserves sur l'anticipation à laquelle le Conseil d'État a procédé.

## **2. Le Conseil d'État va-t-il trop loin ?**

Dans l'arrêt *Gomez*, on l'a dit, le Conseil d'État a procédé à une anticipation aussi bien sur la jurisprudence de la Cour de cassation que sur celle de la CEDH. Il est cependant permis de s'interroger sur l'opportunité de cette audace que rien ne semblait imposer (a)) et qui suscite quelques réserves sur la nature même des droits protégés en l'espèce (b)).

### *a) Nécessité et opportunité de l'anticipation*

Le Conseil d'État, dans son rôle de protecteur des droits fondamentaux, se plaît à insister sur sa décomplexion, son autonomie, son identité propre, à l'égard de ses pairs français comme européens<sup>2</sup>. En matière de droit des étrangers, par exemple, il souligne volontiers que c'est de sa propre initiative et non sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme que le Conseil d'État a relevé le seuil du contrôle sur les motifs d'ordre public avancés par l'Administration, dans une logique de protection des droits fondamentaux.

---

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », art. cité. Effectivement, « puisque cette surveillance et cette observation mutuelles des acteurs de la compétition des juges jouent comme un moteur, la pente s'oriente "naturellement" dans le sens d'une exigence accrue de satisfaction de ces mêmes droits fondamentaux, et donc vers ce qu'il n'est pas indécent d'appeler le "progrès" ». Ce thème de la convergence rappelle les équilibres décrits par M. Hauriou dans ses *Principes de droit public* (*op. cit.*, en part. chap. 1), qui, à mesure qu'ils se forment dans des aires toujours plus vastes, garantissent la modération du pouvoir à une plus grande échelle et selon des principes communs plus justes, et ainsi réalisent toujours davantage l'État de droit.

<sup>2</sup> Voir par ex. J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », art. cité : « [la] profonde influence exercée sur la jurisprudence administrative par les règles constitutionnelles et les stipulations de nos engagements internationaux en matière de droits de l'homme, tels qu'ils sont interprétés en particulier par le Conseil constitutionnel et la CEDH, ne se traduit cependant pas par un mimétisme ou une reproduction pure et simple des solutions provenant de ces cours. Certes, le juge administratif n'entend pas s'affranchir de celles-ci mais, selon le cas, il ne se prive pas de la faculté de les anticiper ou de leur donner, le cas échéant, une portée plus large. [...] Il n'y a pas d'alignement mécanique, ni de renonciation à sa propre identité, mais plutôt la participation à une dynamique, une dialectique, oserait-on dire, de protection des droits fondamentaux. Pour exprimer les choses autrement, la "discipline juridictionnelle" ou l'adhésion aux jurisprudences des cours ne prive pas le juge administratif d'importantes marges d'application pour les réexprimer dans son langage et avec ses méthodes mais aussi pour les compléter afin, selon le cas, d'aller plus loin ou de fixer des principes destinés à prévenir la répétition d'agissements ou de décisions contraires aux libertés et aux droits fondamentaux. »

Dans l'arrêt *Gomez*, la même logique a joué. Les conclusions du rapporteur public ont expressément appelé la formation de jugement à exercer son rôle de juge de droit commun de l'application de la Convention européenne en invoquant le principe de subsidiarité, qui implique que le Conseil d'État n'attende pas, « par principe, qu'une condamnation intervienne à Strasbourg pour tirer les conséquences d'une inconventionnalité [qu'il aurait] détectée<sup>1</sup> ».

Pourtant, en l'espèce, dans une situation où la loi, comme le rappellent également les conclusions, posait un interdit clair et absolu, rien, dans la jurisprudence de la Cour de cassation ni dans celle de la CEDH, n'obligeait le Conseil d'État à procéder à la systématisation du contrôle de conventionnalité *in concreto*.

En ce qui concerne la Cour de cassation, même si l'on peut émettre les réserves les plus vives sur l'équilibre opéré par certaines décisions entre les droits en jeu<sup>2</sup>, ces arrêts ont du moins la prudence de demeurer strictement des arrêts d'espèce. Le communiqué de presse de la décision du 4 décembre 2013 a ainsi clairement expliqué qu'« [e]n raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné<sup>3</sup> ». À cet égard, l'arrêt *Gomez* et son paragraphe de principe n° 9 vont beaucoup plus loin puisqu'ils généralisent le contrôle de conventionnalité à double détente à toute loi (voir *infra*, section II).

Quant à la CEDH, comme les conclusions sur l'arrêt *Gomez* l'ont elles-mêmes souligné, la situation bioéthique en jeu dans l'arrêt *Gomez* concernait sans aucun doute un domaine dans lequel la Cour reconnaît aux États une marge nationale d'appréciation. Certes, la condamnation de la France à peine quelques mois auparavant dans une affaire où l'application des règles de procédure avait amené la Cour de cassation à refuser à un père la possibilité de voir ses enfants<sup>4</sup>, alors même que les règles de procédure sont un domaine où les États disposent en principe d'une marge d'appréciation, pouvait être interprétée comme imposant, même dans ces domaines de plus grande liberté, un examen *in concreto* y compris lorsque la loi ne laisse aucune marge de manœuvre à celui qui l'applique. Mais cela ne signifiait pas que ce double étage devait être systématisé dans tous les cas, d'autant plus que, si la méthode de la CEDH consiste dans la grande majorité des cas en un contrôle *in concreto*, plusieurs exemples récents montrent que dans certains cas très particuliers, la CEDH elle-même exerce un contrôle confinant au contrôle abstrait. Dans l'affaire du voile intégral, par exemple (affaire

---

<sup>1</sup> Concl. A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez*, préc.

<sup>2</sup> Notamment sur l'arrêt *Klasen c/ Malka* rendu par la première chambre civile le 15 mai 2015 (n° 13-27.391) ayant fait droit à la liberté d'expression d'un contrefacteur au détriment du droit de propriété de l'auteur de la photographie ; voir en part. le commentaire très critique de F. POLLAUD-DULIAN (« *Quo vadis lex ?* », *RTD com.*, 2016, p. 641).

<sup>3</sup>

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/beau\\_pere\\_27992.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/beau_pere_27992.html).

<sup>4</sup> CEDH 5 nov. 2015, n° 21444/11, *Henrioud c. France*.

*S.A.S. c. France*<sup>1</sup>), la Cour de Strasbourg a adopté une conception souple de la recevabilité en faisant droit à la théorie de la « victime potentielle », ce qui relève d'une approche systémique, avant même la réalisation de toute atteinte à un droit individuel. De manière générale, la Cour semble ces dernières années aborder avec plus de prudence que par le passé les questions de société et laisser plus de libertés aux États pour définir les conceptions nationales du « vivre ensemble »<sup>2</sup>. Il semble donc que dans l'arrêt *Gomez*, il était parfaitement loisible au Conseil d'État de se ranger à l'interdiction posée par la loi, et que la CEDH n'aurait probablement pas été fermée à un tel respect d'une interdiction absolue.

Ce positionnement rejoint le dilemme, beaucoup plus politique que juridique, qui se pose à chaque fois que le Conseil d'État doit juger de la conventionnalité de la loi française au regard de la Convention européenne des droits de l'homme ou du droit de l'Union : faut-il anticiper ou attendre une éventuelle condamnation de la France ? Ce dilemme n'a rien de spécifiquement français. Il s'est posé dans les mêmes termes en Grande-Bretagne, par exemple, où la doctrine en matière d'alignement sur la Cour de Strasbourg (*no more but certainly no less*<sup>3</sup>) semble plus prudente qu'en France, et où l'on sait que la Cour suprême anglaise a su s'opposer fermement à la CEDH sur un certain nombre de sujets qui lui paraissaient importants, amenant la Cour de Strasbourg à davantage tenir compte de sa position<sup>4</sup>. Pour en revenir à la France, il est d'autres domaines où le Conseil d'État sait se montrer musclé. Dans la décision *Association France Nature environnement* précitée, par exemple, il a su faire preuve d'une certaine audace qui s'est d'ailleurs révélée payante. De même, dans une affaire récente ayant trait au droit des organismes génétiquement modifiés, le Conseil d'État, en interrogeant la CJUE sur la validité d'une directive en raison d'un changement des circonstances de fait survenu depuis la date de son entrée en vigueur, à l'encontre de deux solutions constantes dans la jurisprudence de la Cour de justice, n'a pas hésité à se positionner fermement et à lancer « une invitation implicite [...] à la Cour de reconsidérer, dans le domaine si sensible et évolutif de la mutagenèse, sa jurisprudence sur ce point<sup>5</sup> ». Vis-à-vis de la CEDH, le Conseil d'État n'a pas non plus hésité à juger récemment, en ma-

---

<sup>1</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c. France*.

<sup>2</sup> Voir en ce sens F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 12<sup>e</sup> éd., 2015, II<sup>ème</sup> partie, chap. I, section 2, et F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G* n° 42, 14 oct. 2013, doctr. 1086.

<sup>3</sup> Opinion de Lord Bingham sur une affaire jugée par la Chambre des Lords en 2004 (17 juin 2004, *R. [Ullah] v. Special Adjudicator*, [2004] UKHL 26) (cité par R. REED, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », *AJDA* 2017, p. 211).

<sup>4</sup> L'exemple le plus connu est celui du bras de fer autour du droit de vote des détenus, sujet sensible en Grande-Bretagne. On peut également rappeler l'exemple de l'interdiction des publicités politiques, au sujet de laquelle la Chambre des Lords s'est opposée clairement à un arrêt de la CEDH, amenant finalement celle-ci à reconnaître l'existence d'une tendance propre au Royaume-Uni et à s'écarter de sa décision antérieure (voir R. REED, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », art. cité).

<sup>5</sup> F. TARLET, G. LÉONARD, « Mutations génétiques et juridiques autour de la décision Arce-lor », art. cité, à propos de CE, 3 oct. 2016, n° 388649.

tière d'accouchement sous X, sujet où la position de la France est relativement isolée en Europe, et en l'absence de jurisprudence établie de la CEDH, que le refus de communiquer les données identifiantes à un enfant né sous X n'était pas incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>.

On observera pour finir que le Conseil d'État joue un jeu dangereux. À mettre l'accent de manière trop marquée sur la protection des droits fondamentaux, à vouloir s'aligner à tout prix, dialogue oblige, sur les solutions dégagées par ses pairs, il tend lui-même à minimiser ce qui fait pourtant sa spécificité et sa raison d'être par rapport au juge judiciaire : le contrôle objectif des actes de l'Administration, la sauvegarde de l'ordre public (y compris immatériel) et la défense des intérêts généraux, le maintien d'une marge d'action suffisante pour l'Administration. C'est tout le paradoxe du mouvement de convergence actuel : pour maintenir et renouveler constamment sa légitimité et la justification de la dualité de juridiction, toujours fragile, le Conseil d'État peut être tenté de se rapprocher de ses pairs et d'uniformiser son contrôle avec le leur<sup>2</sup> ; mais ce faisant, il prend le risque de scier lui-même la branche sur laquelle il est assis, à moins de se laisser entraîner dans une course à la protection des droits fondamentaux, ce qui n'est guère plus rassurant.

Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas de remettre en cause, évidemment, ni l'indépendance, ni le sens de la mesure, ni les convictions intimes des conseillers d'État. Mais dans l'arrêt *Gomez* – dont les conclusions avouent du reste que l'un des enjeux était de « ne pas exposer la France à des condamnations » –, où le sujet sous-jacent était particulièrement sensible et où il semble que des oppositions internes très fortes se soient manifestées au sein du Conseil d'État, on ne peut s'empêcher de penser qu'au-delà de la conviction majoritaire des juges, la crainte d'être désavoué par la CEDH et l'émulation avec la Cour de cassation ont joué au moins un certain rôle dans le sens de la décision.

Non que la concurrence soit une mauvaise chose, naturellement. Comme le disait déjà Denys de Béchillon en 1998, la compétition « n'a rien de forcément malsain. L'on peut même voir en elle le ferment d'une dynamique de progrès vers la réduction des zones de non-droit. Le phénomène est sans doute inéluctable, par-dessus le marché<sup>3</sup>. » Mais en l'espèce, l'audace du Conseil d'État interpelle si l'on s'interroge sur la substance du droit fondamental qui était en cause.

---

<sup>1</sup> CE, 12 novembre 2015, n° 372121, *M<sup>me</sup> B.*

<sup>2</sup> Voir à ce sujet l'analyse de D. de Béchillon, commentant la « tendance à l'harmonisation » et le caractère très volontariste de la jurisprudence, entraînée par le double moteur du constitutionnalisme et de la construction communautaire : « une Cour, consciente de ce que la solution qu'elle pourrait adopter risque de demeurer en deçà de celle qu'une autre pourrait prendre, préférera faire évoluer sa jurisprudence plutôt que de s'exposer à un désaveu » (« Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », préc.).

<sup>3</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », art. cité.

*b) Interrogations sur la substance des droits fondamentaux*

L'arrêt *Gomez* a été rendu sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». La requérante affirmait que l'interdiction d'exportation des gamètes de son défunt mari, dont il ne faisait aucun mystère qu'elle avait pour but de pouvoir réaliser une insémination *post mortem*, constituait une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée. Elle se prévalait ainsi, derrière le respect de sa vie privée, à un éventuel droit à réaliser une insémination *post mortem*.

L'arrêt ne questionne aucunement la substance de ce droit invoqué par la requérante : les conclusions ne s'interrogent que très rapidement sur l'existence de ce droit ; le rapporteur public rappelle que M<sup>me</sup> Gomez se prévaut de son droit au respect de sa vie privée, énumère les sous-catégories de ce droit actuellement reconnues par la jurisprudence de la CEDH qui sont les plus proches du droit invoqué, puis conclut très rapidement : « Nous n'avons pas de doute que ce droit tombe sous le pavillon englobant de l'article 8 » ; quant à l'arrêt lui-même, il se contente de rappeler qu'« il y a lieu pour le Conseil d'État statuant comme juge des référés d'apprécier si la mise en œuvre de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique n'a pas porté une atteinte manifestement excessive *au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme C...A...*, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », puis, au terme d'un long paragraphe sur les circonstances en cause, de conclure que la disposition en cause porte, « eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

La lacune du raisonnement a été bien aperçue par le Pr. Fulchiron, dont l'analyse des différents droits actuellement reconnus par la CEDH qui peuvent être rapprochés d'un éventuel droit à réaliser une insémination *post mortem* pour inclure celui-ci sous l'ombrelle de l'article 8 offre un contrepoint utile à celle du rapporteur public<sup>1</sup>. Commentant l'arrêt, il constate qu'« il manque un élément de poids dans la balance : la "réalité" des droits individuels invoqués. [...] Le droit au respect de la vie privée donnait-il [à la requérante] un *droit* de poursuivre le projet parental qu'elle avait construit avec son mari ? On peut en douter. Ce serait en tout cas donner une dimension nouvelle au droit de devenir parent génétique, et il serait indispensable que, s'il l'admettait, le juge s'explique sur ce point. ». L'auteur précise d'ailleurs que l'imprécision du Conseil d'État quant à la dimension particu-

---

<sup>1</sup> H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Rec. Dalloz* 2016, p. 1472. Voir aussi R. VESSAUD, « Donner la vie après la mort ? », *Droit de la famille* n° 9, septembre 2016, comm. 178 (« Même si le dessein est louable sur un plan humain, est-il fondé sur un plan juridique ? Fallait-il pratiquer un contrôle de proportionnalité alors même que les « droits » de la mère à mener son projet à terme sont plus que ténus, voire inexistantes ? [...] Rien n'est moins sûr, sauf à considérer que la mère serait titulaire de droits nouveaux, non encore consacrés par la jurisprudence ou le législateur... »)

lière du droit au respect de la vie privée et familiale qui serait en cause rompt avec la précision habituelle de la CEDH elle-même quand elle rend des arrêts sur le fondement de l'article 8.

Or il nous semble aussi que parler, dans le cadre de l'ordre juridique français, d'un « droit » à insémination *post mortem* (car nul ne conteste que c'est bien de cela qu'il s'agissait, par l'intermédiaire du droit à l'exportation des gamètes), dont l'existence ne ferait à l'évidence pas débat et auquel il serait simplement porté une atteinte dont il conviendrait de vérifier le caractère proportionné, est un raccourci un peu rapide. À notre sens, la situation invitait au contraire à se demander si la requête de M<sup>me</sup> Gomez, aussi dramatique fût-elle, constituait un droit ou une simple revendication, c'est-à-dire à se demander à quel niveau elle se situait : au niveau de l'atteinte portée par l'État à un droit existant, ou au niveau de l'existence même de ce droit, objet sous-jacent d'une éventuelle atteinte. La différence est de taille (comme le rappelle le Pr. Fulchiron, « [f]aute de droits, il ne s'agirait que d'une pesée d'intérêts : le contrôle de proportionnalité deviendrait simple appréciation en équité<sup>1</sup> »), et pose un problème qui dépasse d'ailleurs largement les frontières du droit, celui des limites de la liberté et des droits qui y correspondent<sup>2</sup> : l'ensemble des actes possibles d'un individu constituent-ils des droits, les interdits posés par l'État n'étant que des atteintes plus ou moins légitimes à ces droits, ou se divise-t-il au contraire en deux sous-ensembles, le premier formant des droits (auquel l'État peut porter une atteinte légitime), le second ne constituant tout simplement pas des droits ? Pour prendre l'exemple le plus extrême, mon souhait de tuer mon voisin ressortit-il de ma liberté, et donc, en termes juridiques, constitue-t-il un droit, contre lequel l'État pose simplement un interdit quasi-absolu, légitime au nom de l'ordre public, ou bien ne constitue-t-il tout simplement *pas* un droit ? Si c'est effectivement la deuxième réponse qui est la bonne, cela montre que toute action, toute revendication ne constitue pas un droit ; partant, de manière moins évidente que cet exemple extrême, il existe sans doute d'autres actions jusqu'à présent interdites qui constituent aussi des

---

<sup>1</sup> H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », art. cité.

<sup>2</sup> Question éternelle sur laquelle les plus grands philosophes se sont penchés. Pour prendre un exemple tiré de l'actualité récente, le philosophe Ruwen Ogien, décédé le 4 mai dernier, a construit son œuvre autour de la question de la liberté négative, dont il défendait une conception minimaliste. Il pense la liberté « comme un "périmètre de protection" tracé autour de l'individu et échappant au politique, [au sein duquel] l'individu est son propre maître, disposant à son gré de son corps et de sa vie – y compris pour se nuire à lui-même. Face aux valeurs que chacun peut se choisir, l'État doit respecter une "neutralité éthique", sans tenter de définir ni encore moins d'imposer une morale commune. » (voir l'article de G. KEONIG dans *Les Échos* du 10 mai 2017, p. 11). Les plus grands auteurs juridiques ont d'ailleurs aussi abordé la question. Voir par ex. l'ouvrage de G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, où l'auteur explique que la subordination de l'individu à l'État ne va que jusque-là où le droit l'ordonne et que toute prétention de l'État sur l'individu doit être juridiquement fondée, le « creux » du pouvoir constituant sa sphère de liberté, et l'individu ayant la prétention de voir abolies toutes les prescriptions de l'État qui pèsent sur sa liberté (chap. XIII, section 2). Voir aussi H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* (Bruylant LGDJ, 1997, chap. III), pour qui le vide juridique n'existe pas ; si l'ordre juridique n'oblige pas l'individu à une certaine conduite, l'individu est juridiquement libre, il se situe dans une sphère de liberté individuelle protégée par l'ordre juridique qui oblige les organes de l'État à ne pas empiéter dessus, sauf à y être autorisés par une norme.

« non-droits ». Or, en l'état actuel de l'ordre juridique français (du moins jusqu'à l'arrêt *Gomez*), l'insémination *post mortem* nous semblait précisément être susceptible de faire partie de cette zone grise : son interdiction par le code de la santé publique pouvait tout aussi bien signifier l'inexistence d'un droit qu'une atteinte légitime à ce droit.

Qu'en est-il de la CEDH ? Au vu de sa jurisprudence depuis plusieurs décennies, notamment en matière de vie privée, la conception qu'elle défend semble clairement mettre l'accent sur l'autonomie la plus large de l'individu, toute mesure interdisant ou limitant telle ou telle action étant par définition constitutive d'une atteinte (légitime ou non). Une intervention récente de son président nous semble révélatrice de cette conception : « On voit de plus en plus souvent le juge national anticiper une jurisprudence éventuelle de Strasbourg pour éviter la zone de non-droit conventionnel. À l'ère de la subsidiarité, il convient d'éviter le déni de justice, l'angle mort dans la protection des droits de l'homme. Ceci est particulièrement important s'agissant des questions nouvelles et complexes<sup>1</sup>. » En forçant un peu le trait, toute revendication semble ainsi constituer un droit de l'homme, toute loi une ingérence dans un droit potentiel, de sorte qu'il faudrait traquer tous les angles morts et faire potentiellement droit à toute revendication un tant soit peu argumentée. Or, en ce qui concerne les droits dont l'existence est incontestable (par exemple le droit de se marier à partir d'un certain âge), cette rhétorique ne pose pas de difficulté. Mais quand elle s'applique à des droits beaucoup plus flous, beaucoup moins consensuels (notamment en raison de l'interprétation très dynamique de la Convention par la CEDH), bref lorsqu'« il existe une incertitude fondamentale quant au contenu de ces droits et quant à leur application dans l'ordre juridique national », pour reprendre les termes de Lord Reed, juge à la Cour suprême britannique<sup>2</sup>, elle nous semble plus problématique. Il faut rappeler, toutefois, que la Cour elle-même considère dans certains cas qu'une revendication individuelle ne peut pas être qualifiée de droit, puisqu'elle a jusqu'à présent toujours refusé de reconnaître un « droit à la mort »<sup>3</sup>, preuve que le périmètre des droits ne recouvre pas entièrement celui des revendications.

Or cette vision de la CEDH a une puissance d'expansion considérable, par l'intermédiaire de sa jurisprudence. Dès l'instant, en effet, où l'arrêt rendu contre un pays X acte l'existence d'un droit en jugeant qu'une mesure

---

<sup>1</sup> G. RAIMONDI, « La relation de la Cour de Strasbourg avec les juges internes », art. cité.

<sup>2</sup> R. REED, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », art. cité.

<sup>3</sup> Voir en part. l'arrêt CEDH, Gr. Ch., 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, dans lequel la Cour a conclu à la non-violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie), jugeant que celui-ci ne saurait, sans distorsion de langage, être interprétée comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; la Cour a également conclu à la non-violation de l'article 3, en faisant la distinction entre la sympathie qu'elle pouvait éprouver pour la crainte de la requérante de devoir affronter une mort pénible si on ne lui donnait pas la possibilité de mettre fin à ses jours, et l'admission d'une obligation positive qui d'après la requérante pesait sur l'État, qui serait revenu à obliger l'État à cautionner des actes visant à interrompre la vie, obligation dont la Cour a jugé qu'elle ne pouvait être déduite de l'article 3. Voir aussi CEDH, Gr. Ch., 20 janv. 2011, n° 31322/07, *Haas c. Suisse* (non-violation de l'article 8), et Gr. Ch., 5 juin 2015, n° 46043/14, *Lambert et autres c. France* (non-violation de l'article 2).



nationale constitue une atteinte, légitime ou illégitime, ce droit intègre la corbeille des droits garantis par la Convention ; par conséquent, dès cet instant se produit un basculement : l'existence de ce droit s'impose – par l'effet de l'autorité, *de jure* ou *de facto*, de la jurisprudence de la Cour – aux autres pays parties à la Convention, y compris à ceux dont l'ordre juridique ne reconnaissait pas jusqu'alors une telle existence ; pour ces derniers, un non-droit devient un droit, la question se déplaçant d'un coup du niveau de l'existence du droit au niveau de la légitimité de l'atteinte qui y est portée.

Le but de ces développements est de mettre en lumière l'un des enseignements de l'arrêt *Gomez* en ce qui concerne la manière dont le Conseil d'État use du contrôle de conventionnalité en matière de droits fondamentaux pour « créer du droit », en particulier lorsque la Convention européenne des droits de l'homme est invoquée, ce qui est maintenant très fréquent. L'arrêt est en effet au croisement de cette tension entre la conception privilégiant l'autonomie de l'individu sur le pouvoir de l'État et celle privilégiant la norme générale posée par l'ordre juridique sur les revendications individuelles. Il montre, à notre sens, que le Conseil d'État embrasse la première conception, celle qui nous paraît être celle de la CEDH : en effet, avant même d'en arriver au stade du contrôle de conventionnalité *in concreto*, par le simple fait de reconnaître d'emblée, au stade du contrôle abstrait, que la revendication de M<sup>me</sup> Gomez constitue un droit protégé par l'article 8, et en portant directement le débat sur la proportionnalité de l'ingérence sans s'interroger sur la nature de la demande, le Conseil d'État qualifie de droit ce qui ne l'avait jamais été auparavant et dont la nature juridique – droit ou simple revendication – était donc indéterminée. Les conclusions sont, à cet égard, tout à fait intéressantes, car elles opèrent subrepticement un glissement sémantique : alors que le rapporteur public évoque d'abord « la décision du membre survivant d'un couple de concevoir un enfant à partir des gamètes de son conjoint défunt qui y a expressément consenti », ce qui est effectivement la manière la plus objective de décrire la situation, dès la phrase suivante, cette décision devient un droit : « Nous n'avons pas de doute que *ce droit* tombe sous le pavillon englobant de l'article 8 [...] »<sup>1</sup>. On voit clairement le passage de la revendication au droit.

Le Conseil d'État fait ainsi véritablement œuvre de création de droit, de dogmatique, apparaissant ainsi comme l'un des acteurs ayant le pouvoir de toucher aux valeurs de l'ordre juridique. Que l'on soit d'accord ou non avec la question éthique sous-jacente, sur un plan strictement juridique, le raisonnement du Conseil d'État présente une faille où se niche son pouvoir créateur de droit, faille habilement masquée par le luxe de circonstances de fait énumérées par la décision et par le discours sur la convergence des jurisprudences et la protection des droits fondamentaux qui l'entoure. Ce pouvoir créateur n'est pas simplement un pouvoir de confirmation du « basculement » d'un non-droit en droit qui aurait été préalablement effectué par la CEDH (puisque, précisément, la revendication de M<sup>me</sup> Gomez n'avait jamais encore fait l'objet d'un arrêt de la Cour, comme le soulignent les conclusions) ; c'est de sa propre initiative, par anticipation de ce que pourrait un jour recouvrir l'article 8, par analogie avec d'autres droits protégés sous son

---

<sup>1</sup> Concl. A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez*, préc.

pavillon, que le Conseil d'État crée (du moins, reconnaît pour la première fois) un nouveau « droit à » dans l'ordre juridique français<sup>1</sup>.

Ce faisant, il ne se contente pas d'acter *a posteriori* l'existence de droits incontestés dans l'ordre juridique français ou de prendre acte des évolutions sociales ; il contribue à les façonner, à les infléchir dans le sens qui est le sien. Lorsque, dans ses conclusions, le rapporteur public affirme qu'il ne fait « pas de doute que ce droit tombe sous le pavillon englobant de l'article 8 », lorsque, dans un commentaire de la décision, le président de la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux le range sans hésitation dans « le droit au "développement personnel" (CEDH, 6 févr. 2001, n° 44599/98, *Bensaïd c/ Royaume-Uni*, § 47) et le droit à l'autodétermination (CEDH, 29 avr. 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 61)<sup>2</sup> », c'est bien que l'un et l'autre considèrent qu'il existe une sphère de liberté individuelle et de droits plus large que celle existant à l'heure actuelle, qu'il s'agirait au fur et à mesure de mettre au jour – mais jusqu'où ?

## ***II. Le contrôle de conventionnalité, un outil de positionnement du Conseil d'État face à la loi***

L'instauration du contrôle de conventionnalité *in concreto*, capable de faire échec à une loi pourtant reconnue comme conventionnelle, a suscité de vives réactions parmi la doctrine publiciste (comme, avant elle, privatiste)<sup>3</sup>. Les critiques se sont particulièrement concentrées sur l'audace montrée par le Conseil d'État à l'égard de la loi, en rupture avec la révérence traditionnelle dont il ferait preuve envers le législateur. Le Conseil d'État entretient en effet un rapport plus intime avec la loi que son homologue judiciaire. Du fait de ses origines, de son statut particulier, « mi-juge, mi-conseiller juridique de l'État<sup>4</sup> », de son activité de légiste, il possède à l'égard du Pouvoir, et du législateur en particulier, une révérence plus forte, émotionnellement moins détachée. C'est sans doute ce qui explique que l'arrêt ait apparemment<sup>5</sup> créé un débat très vif et des divisions inhabituellement marquées au

---

<sup>1</sup> Sur cette notion de « droits à », voir D. COHEN, « Le droit à ... », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz - PUF - Ed. J.-Cl., 1999, p. 393. Les chroniqueurs ont souligné cette opération de création : « le juge crée véritablement une nouvelle norme, à partir de la confrontation et la pesée d'exigences générales dont il tire un équilibre particulier au cas d'espèce. Il n'interprète plus la loi, prémisse majeure du syllogisme juridique ; il crée cette majeure en déformant, remodelant ou écartant la règle selon les exigences des principes supérieurs » (L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », préc.).

<sup>2</sup> M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité.

<sup>3</sup> Voir, en part., *RTD civ.* 2016 p. 600, obs. J. HAUSER ; *Rec. Dalloz* 2016 p. 1470, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *ibid.* p. 1472, note H. FULCHIRON ; *ibid.* p. 1477, note B. HAFTEL ; *AJ fam.* 2016 p. 439, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *ibid.* 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RFDA* 2016 p. 754, note P. DELVOLVÉ ; *Gaz. Pal.* n° 24, 2016, note M. AFROUKH, n° 27, p. 16, note P. LE MAIGAT et n° 28, p. 29, note M. GUYOMAR ; *JCP G* 2016 p. 864, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; *Dr. adm.* 2016, Repère 7, obs. J.-H. STAHL ; *Dr. fam.* sept. 2016, Étude 15, J.-R. BINET et Comm. 178, note R. VESSAUD.

<sup>4</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 216.

<sup>5</sup> D'après des informations informelles recueillies auprès de plusieurs conseillers d'État.

sein du Conseil d'État, clivant les juges en deux camps aussi passionnés l'un que l'autre – l'un porteur d'une vision traditionnelle de révérence à la loi, l'autre sans doute plus décomplexé – et expliquant notamment que l'arrêt ait été rendu en formation d'assemblée. Cette passion ne s'explique pas seulement par le sujet éthique qui était en jeu, plutôt propre à laisser les juges dans une situation d'égal désarmement devant des situations humaines très délicates qu'ils se voient obligés de juger (comme dans l'affaire *Lambert*), mais aussi parce que cette fois-ci était en jeu ce rapport très particulier du Conseil d'État avec la loi<sup>1</sup>.

Quoi qu'il en soit, on observe, comme en matière de protection des droits fondamentaux, un discours officiel de continuité qu'il convient d'interroger. Il apparaît à l'analyse que derrière une continuité technique réelle avec des éléments présents depuis déjà longtemps dans la boîte à outils du Conseil d'État, une rupture assez profonde de son rapport au pouvoir législatif s'est probablement opérée, par glissements successifs dont l'arrêt *Gomez* est la dernière manifestation (A.). Cette liberté nouvelle n'est pas sans soulever quelques préoccupations (B.).

#### A. Un nouveau rapport à la loi ?

Avant de crier à la nouveauté, il convient de se demander si le contrôle de conventionnalité *in concreto* introduit par le Conseil d'État dans l'arrêt *Gomez* ne trouve pas, sous l'angle du rapport à la loi, des antécédents annonciateurs dans la jurisprudence lointaine comme récente, qui tempèreraient la nouveauté dénoncée par certains auteurs. Et en effet, il est possible d'en trouver de nombreux, le rapport à la loi du Conseil d'État pouvant se lire comme l'histoire d'une lente mais sûre décomplexion (1.). Cependant, derrière cette continuité « technique » et une révérence de façade à l'égard du législateur, un glissement de fond semble avoir eu lieu (2.).

### 1. Racines anciennes et récentes

Derrière l'image d'Epinal du Conseil d'État serviteur de la loi se dessine en réalité un rapport historiquement et fondamentalement plus ambiguë du droit et du juge administratifs à l'égard de la loi (a)). Sur le plan de la technique juridique, cette ambiguïté s'est souvent traduite par la figure de l'interprétation (b)).

---

<sup>1</sup> Il est évidemment difficile d'avoir des informations précises sur ces tensions internes, qui d'une part relèvent plus de la sociologie juridique que de la science du droit, et d'autre part ne sont par définition pas publiques, puisque le délibéré est secret, qu'il n'existe pas d'opinions dissidentes comme dans d'autres juridictions et que le Conseil d'État, une fois les décisions prises, montre un visage uni et une position « officielle » au travers de ses communiqués et interventions. De manière générale, on trouve ça et là quelques rares documents sur la sociologie des discussions de couloir ou sur le rôle de la conviction et de la stratégie dans la prise de décisions importantes, par exemple D. LABETOULLE, « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux », in *Mél. René Chapus*, Montchrestien, 1992 (rééd. 2014), p. 333, ou, concernant l'arrêt *Nicolo*, M. LONG (entretien avec), « Genèse de la décision *Nicolo* », art. cité.

a) *Un rapport fondamentalement ambigu à la loi*

Nous avons déjà montré (voir *supra*, Partie II, section I. A. 2) que la distinction entre loi et application de la loi était fort ancienne et que, même si l'attachement aux effets concrets de la norme (notamment de la loi) avait été renouvelé par le droit européen, il n'y avait en cela rien de fondamentalement nouveau, mais plutôt un effet de volume et de visibilité. En poursuivant cette analyse en ce qui concerne plus précisément cette norme particulière qu'est la loi, on peut montrer que les autres « ingrédients » de l'arrêt *Gomez* peuvent aussi être retrouvés dans un certain nombre d'arrêts plus ou moins anciens : que ce soit la figure du *contra legem*, celle de l'interprétation de l'intention du législateur ou de celle la complétion de la loi par l'équité, l'histoire du droit administratif est là pour remettre l'audace apparente de l'arrêt *Gomez* vis-à-vis de la loi dans son contexte.

Lorsque l'on relit les conclusions du président Latournerie<sup>1</sup> sur l'arrêt *Arrighi*<sup>2</sup>, en tous points conforme, il apparaît très clairement que le Conseil d'État se présentait au début du XX<sup>e</sup> siècle comme le serviteur de la loi et le gardien de la hiérarchie des normes, et exprimait une profonde révérence vis-à-vis du législateur (« Si large qu'ait été [...] l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif »). Même si les arguments employés à l'époque par le commissaire du gouvernement répondaient davantage à des considérations de politique jurisprudentielle qu'à la logique pure, le respect de la conception française de la séparation des pouvoirs, « entièrement dominée par la souveraineté de la loi », et d'un contexte d'ensemble propice au respect de la hiérarchie des normes avait emporté la conviction non seulement du juge mais aussi des auteurs les plus pointilleux comme Charles Eisenmann<sup>3</sup>. Ce positionnement était alors relayé par la doctrine française qui lui donnait une assise théorique, confirmant la place suprême de la loi dans l'ordre juridique et la fonction strictement exécutive, subalterne, du pouvoir judiciaire comme du pouvoir administratif<sup>4</sup>. Ainsi, « [p]our le juge, la loi, expression de la volonté générale, [s'imposait] comme une norme qui ne pouvait qu'être appliquée. Si le législateur avait parlé, le juge, "bouche de la loi" selon Montesquieu, en tirait les conséquences. On disait que la loi faisait écran et cet écran ne pouvait être traversé pour atteindre des normes supérieures. La loi n'avait donc pas à être défendue devant le juge<sup>5</sup>. » Même après l'instauration du contrôle de conventionnalité, le Conseil d'État a continué à faire preuve de prudence, ne pratiquant ce contrôle « qu'en

---

<sup>1</sup> Concl. LATOURNERIE sur CE, 6 nov. 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, *Rec. Dalloz* 1938, 3, p. 1, note C. EISENMANN.

<sup>2</sup> CE, sect., 6 nov. 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, préc.

<sup>3</sup> Voir B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, p. 715.

<sup>4</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*

<sup>5</sup> B. STIRN, « La défense de la loi », intervention au colloque organisé par l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la défense devant les Cours suprêmes, Assemblée Nationale, 29 septembre 2016 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-defense-de-la-loi>).

s'entourant de toutes les précautions possibles<sup>1</sup> » et se présentant plus volontiers sous le visage du serviteur de la loi que de son censeur, fidèle en cela à l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790 qui interdit aux juges de « prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des lois ».

Ce positionnement traditionnel ne doit toutefois pas masquer le fait que dès son origine, le juge administratif, Conseil d'État en tête, s'est inscrit dans un rapport particulier à la loi. Le droit administratif, on le sait, est un droit fondamentalement prétorien qui, pour exister, a dû s'émanciper très clairement de la loi commune, « tuer le père » pourrait-on dire en termes freudiens. L'arrêt *Blanco*<sup>2</sup>, en affirmant que la responsabilité administrative « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil » mais obéit à un régime propre, marque dès l'origine, dans les gênes mêmes du Conseil d'État et du droit administratif, une profonde liberté par rapport à la loi. Certes, cet arrêt se donne un fondement législatif, la loi des 16 et 24 août 1790 et celle du 16 fructidor an III, mais comme cela a été abondamment démontré<sup>3</sup>, rien dans ces lois n'imposait littéralement la dualité de juridiction à la française, qui ne trouve son développement, hors considérations tenant aux racines du juge administratif dans le passé, qu'au « coup de force interprétatif » du Conseil d'État en 1873. En se plaçant de lui-même dans l'obligation de construire un régime administratif, le Conseil d'État s'est, en quelque sorte, autoproclamé législateur, puisqu'il a dû « élabor[er] un corps de règles, articulées autour des mêmes principes, qui, sans prendre la forme d'un code, en a toute la substance et remplace, dans l'ordre administratif, le Code civil qui en a été écarté<sup>4</sup> ». De fait, contrairement à l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790 qui interdit aux tribunaux de « prendre directement ou indirectement part à l'exercice du pouvoir législatif », « la jurisprudence administrative a créé le droit administratif à la place de la loi. S'il y a une "conception française de la séparation des pouvoirs", elle comporte l'attribution du pouvoir législatif en matière administrative à la juridiction administrative<sup>5</sup>. »

Poursuivant cette audace fondatrice, le Conseil d'État a développé la construction du droit administratif en n'hésitant pas à faire preuve, lorsqu'il l'estimait nécessaire, de témérité vis-à-vis de la loi, que ce soit pour constituer et défendre son domaine de compétence, pour faire droit à un principe général du droit ou à des considérations d'équité ou pour préserver une

---

<sup>1</sup> J. KISSANGOULA, « Quelques paradoxes du contrôle de conventionnalité des lois », *Rev. trim. dr. h.* n° 55, 2003, p. 1046.

<sup>2</sup> Trib. confl., 8 févr. 1873, *Blanco*, *Rec. CE* 1<sup>er</sup> suppl., p. 61.

<sup>3</sup> Sur les origines et les justifications du dualisme juridictionnel, la littérature est immense. Nous renvoyons à la synthèse sur ce sujet et la bibliographie qui l'accompagne dans le manuel de B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 379-387, et, pour choisir un article parmi beaucoup d'autres, à celui de P. DELVOLVÉ, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992 (rééd. 2014), p. 135.

<sup>4</sup> P. DELVOLVÉ, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », art. cité.

<sup>5</sup> *Ibid.*

marge d'action suffisante à l'Administration. En matière de travaux publics, par exemple, il a tout de suite appliqué l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui donnait compétence aux conseils de préfecture pour connaître des « réclamations des particuliers qui se plaindront des torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs de travaux publics *et non du fait de l'administration* », comme consacrant au contraire la responsabilité de l'État en matière de travaux publics<sup>1</sup>. Dans l'arrêt *Heyriès*<sup>2</sup>, il valide, au nom de circonstances exceptionnelles, la violation de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 qui prévoyait sans ambiguïté la communication de son dossier à tout fonctionnaire préalablement à toute sanction disciplinaire. Dans l'arrêt *La Fleurette*<sup>3</sup>, il accorde une indemnité sur le fondement d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques, alors que la loi du 29 juin 1934 interdisant la production de tous produits destinés aux mêmes usages que la crème et ne provenant pas exclusivement du lait ne le prévoyait aucunement. Dans l'arrêt *d'Aillières*<sup>4</sup>, contrairement à l'ordonnance du 21 avril 1944 telle que modifiée par l'ordonnance du 6 avril 1945 qui prévoyait que les décisions des jurys d'honneur institué à l'effet de relever de l'inéligibilité les parlementaires qui avaient voté en faveur du Maréchal Pétain n'étaient « susceptible[s] d'aucun recours », il juge que le recours en cassation est toujours possible contre les décisions des juridictions administratives statuant en dernier ressort. Dans l'arrêt *Dame Lamotte*<sup>5</sup>, il annule un arrêté de concession pris par le préfet, s'opposant frontalement à l'article 4 de la loi du 23 mai 1943 (certes adoptée dans les circonstances particulières du régime de Vichy) qui avait d'une manière on ne peut plus claire supprimé toute possibilité de recours contre ce type d'actes. Dans deux arrêts, *Ministre des PTT c. Ehrardt* de 1984<sup>6</sup> et *Sté française d'intérim c. Ministre des PTT* de 1986<sup>7</sup>, ignorant les dispositions du code des postes et télécommunications prévoyant l'irresponsabilité de l'État du fait des activités de chèques postaux et de distribution du courrier, il reconnaît *contra legem* une responsabilité (pour faute lourde) de l'État du fait de ces services publics. Dans l'arrêt *Sté fermière de Campoloro*<sup>8</sup>, il ressuscite la règle pourtant explicitement abrogée en 1982 selon laquelle l'État peut forcer une collectivité locale à vendre des biens communaux pour honorer ses dettes. On pourrait encore citer bien d'autres exemples. On le voit, dès avant l'instauration du

---

<sup>1</sup> Voir J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, 3<sup>e</sup> éd., 1984, LGDJ, n° 607, et J.-P. DUBOIS, « Travaux publics : dommages », *Rép. Dalloz*, sept. 2015 (actualisation oct. 2016), n° 2-3.

<sup>2</sup> CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec. CE* p. 651 ; GAJA, *Dalloz*, 20<sup>e</sup> éd., 2012, n° 30.

<sup>3</sup> CE, ass., 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, *Rec. CE* p. 25 ; GAJA, *Dalloz*, 20<sup>e</sup> éd., 2012, n° 47.

<sup>4</sup> CE, ass., 7 févr. 1947, *d'Aillières*, *Rec. CE* p. 50 ; GAJA, *Dalloz*, 20<sup>e</sup> éd., 2012, n° 55.

<sup>5</sup> CE, ass., 17 févr. 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, *Rec. CE* p. 110 ; GAJA, *Dalloz*, 20<sup>e</sup> éd., 2012, n° 58.

<sup>6</sup> CE, 17 oct. 1984, *Ministre des PTT c. Ehrardt*, *Rec. CE* p. 240.

<sup>7</sup> CE, 21 nov. 1986, *Sté française d'intérim c. Ministre des PTT* et *Sté Top Service c. Ministre des PTT*, *Rec. CE* p. 264.

<sup>8</sup> CE, sect., 18 nov. 2005, n° 271898, *Rec. CE* 2005, p. 515.

contrôle de conventionnalité ou pour des raisons n'ayant aucun rapport avec la mise en œuvre du droit européen ou de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État avait déjà, sous couvert d'une révérence de principe, un rapport assez libéré avec la loi, n'hésitant pas dans certains cas à prendre le contrepied de dispositions expresses.

Ce rapport ambigu du Conseil d'État à la loi et la liberté qu'il prend à l'occasion avec elle, notamment pour faire droit à des considérations d'équité, se retrouve dans la manière dont il théorise son propre office. Dès les années 1970, le cours de droit administratif du président Odent (alors président de la section du contentieux) est particulièrement éloquent à cet égard<sup>1</sup>. Il ne rappelle la position officielle de serviteur de la loi (« peut-il faire prévaloir sur la loi certaines considérations extralégales, par exemple des considérations morales ? Sur ce point, aucun doute n'est possible. En France, le juge administratif se borne à assurer le respect de la loi ; c'est seulement dans le silence de la loi que la jurisprudence se reconnaît le pouvoir de dégager les règles de droit<sup>2</sup>. ») que pour immédiatement la contester en se fondant sur deux autres missions, l'obligation de juger que lui imposent les articles 4 et 5 du code civil et celle de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative dont la Constitution de l'an VIII l'avait chargé, et en affirmant que les effets de l'application d'un principe supérieur en vertu de la hiérarchie des normes peuvent devoir « être corrigés pour tenir compte d'autres principes qui ne sauraient être complètement éliminés. [...] Chaque fois cependant qu'une loi ou qu'un règlement légal est précis *et qu'il n'y a pas lieu de l'adapter pour tenir compte du régime juridique existant*, il n'est pas d'exemple où on puisse imputer au juge administratif une méconnaissance volontaire de ce texte. Le juge doit ainsi savoir se limiter lui-même. Il doit, quoi qu'il puisse lui en coûter dans certains cas, ne pas céder à la tentation d'étendre son action au-delà de ce que sa mission comporte ; en particulier, il ne doit se substituer ni au législateur, ni à l'autorité gouvernementale ou administrative. [...] Mais une argumentation juridique impeccable et conforme à des solutions constamment consacrées peut, les états d'esprit ou les circonstances ayant évolué, aboutir à une solution devenue choquante. Le juge s'interroge alors sur la valeur des prémisses qu'il a retenues et du raisonnement qu'il a suivi ; *pour écarter un dispositif que sa conscience ne lui permet pas d'accepter, il doit innover, modifier, le cas échéant, sa doctrine et adapter son raisonnement juridique au but à atteindre*<sup>3</sup>. »

Ce discours éclaire utilement tous les arrêts précités où le Conseil d'État a pris des libertés avec la loi, en particulier ceux dans lesquels il a fait prévaloir des considérations d'équité ou de justice (*La Fleurette*, *Dame Lamotte*, ou les arrêts relatifs au service public de la poste), c'est-à-dire des arrêts qui relèvent de la construction du droit administratif bien avant

---

<sup>1</sup> R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. 1, fasc. 1 à 3, Dalloz, 2007. Le cours date, dans sa dernière édition, des années 1976-1980.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 47-48.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 49 et 52-53.

l'irruption des ordres juridiques communautaire et européen dans le système juridique français et le contrôle de conventionnalité.

Cette tendance propre d'un rapport ambiguë à la loi a cependant été indéniablement confortée par les mutations de l'ordre juridique au cours du XX<sup>e</sup> siècle qui ont progressivement sonné le glas du légicentrisme et transformé l'office du juge administratif. La Constitution de 1958, d'abord, a consacré l'existence du pouvoir exécutif propre, rattaché directement à la Constitution indépendamment de toute loi, confirmant la « découverte » de ce pouvoir par le Conseil d'État dans les arrêts *Heyriès*<sup>1</sup> et *Labonne*<sup>2</sup>, et des objets juridiques hybrides comme les ordonnances de l'article 38. La création du Conseil constitutionnel en 1958 et le développement du contrôle de constitutionnalité des lois, à partir de 1971<sup>3</sup> et 1974<sup>4</sup> et plus encore à partir de l'entrée en vigueur de la QPC en 2010, ont consacré la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne et le recul de la loi. Le développement exponentiel du droit communautaire et du droit européen et l'acceptation par le juge administratif du contrôle de conventionnalité en 1989, après le juge judiciaire en 1975, ont parachevé cette dévalorisation de la loi dans le système juridique global. En imposant aux juges nationaux de mettre en œuvre les principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union<sup>5</sup> quels que soient les obstacles constitutionnels ou procéduraux en droit interne<sup>6</sup>, en condamnant les États membres quels que soient les organes internes ayant commis une violation du droit de l'Union<sup>7</sup>, en incitant le juge national, enfin, à adopter une interprétation de son droit conforme au droit de l'Union, voire à aligner les solutions applicables aux situations purement internes sur celles retenue en droit communautaire afin d'éviter les discriminations à rebours<sup>8</sup>, la Cour de justice a donné au juge administratif le blanc-seing nécessaire pour assumer de plus en plus ouvertement sa liberté vis-à-vis de la loi. La CEDH, imposant également au juge national de garantir l'application effective des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme quelle que soit la valeur de la norme qui y porte atteinte, a aussi facilité cette décomplexion.

L'on voit ainsi que l'arrêt *Gomez*, très critiqué pour avoir fait prévaloir une interprétation *contra legem* alors que l'objectif du texte était précis, se

---

<sup>1</sup> Préc.

<sup>2</sup> CE, 8 août 1919, *Labonne*, *Rec.* p. 737. Sur l'interprétation de ces arrêts, voir G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », art. cité.

<sup>3</sup> Cons. const., 16 juill. 1971, décision n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*.

<sup>4</sup> Révision constitutionnelle du 29 octobre 1974.

<sup>5</sup> CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c. Enel* ; CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, préc.

<sup>6</sup> CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal* ; CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, *Factor-tame* ; CJCE, 21 févr. 1991, aff. C-143/88 et C92/89, *Zuckerfabrik* ; CJCE, 9 nov. 1995, aff. C-465/93, *Atlanta*.

<sup>7</sup> CJCE, 19 nov. 1991, aff. C-6/90, *Francovich*, 1991 ; CJCE, 5 mars 1996, aff. C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*.

<sup>8</sup> CJCE, 17 juill. 1997, aff. C-28/95, *Leur-Bloem*.



rattache, sous cet aspect, à une lignée jurisprudentielle très ancienne, intrinsèquement liée à l'existence même du droit et du juge administratifs et à la manière dont ce dernier conçoit son office.

Cependant, on observe qu'à chaque fois que le Conseil d'État a pris des libertés avec la loi, il a pris soin d'entourer sa témérité de précautions, rattachant la solution dégagée à l'interprétation, plus ou moins forcée, des dispositions implicites de la loi ou de la volonté du législateur.

*b) La technique ancestrale de l'interprétation de la loi*

Le Conseil d'État, depuis les origines de la jurisprudence administrative, a usé de l'interprétation de la loi pour faire évoluer sa jurisprudence. Il sait depuis toujours ne pas s'arrêter aux dispositions législatives qui lui sont soumises mais au contraire rechercher, de manière parfois très constructive, un étage sous-jacent qui correspond mieux au sens de la décision qu'il souhaite prendre. Par-delà les diverses théories sur la méthode d'interprétation du juge administratif, le Conseil d'État raisonne souvent de manière téléologique et pragmatique, sans se laisser enfermer dans aucun dogme, « choisi[ssant] discrétionnairement [en amont] la technique d'interprétation en fonction des missions qu'il doit garantir<sup>1</sup> ». Cette liberté apparaît clairement dans les arrêts cités ci-dessus où le Conseil d'État, pour parvenir au résultat que sa conscience ou sa responsabilité lui indiquait, a recherché de manière plus ou moins forcée la volonté du législateur, soit en interprétant directement les dispositions de la loi, soit en se reportant aux travaux parlementaires, soit même en invoquant les circonstances plus générales de l'affaire.

Dans l'arrêt *La Fleurette*, exemple célèbre s'il en est d'interprétation législative, le Conseil d'État considère ainsi, contre l'avis de son commissaire du gouvernement, « que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement [...] »<sup>2</sup>. Même les arrêts franchement *contra legem* prennent la précaution de ne pas s'opposer frontalement au législateur et se rattachent aux dispositions de la loi. Pour interpréter l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII comme fondant la responsabilité administrative pour les dommages de travaux publics, le Conseil d'État a ainsi excipé de l'erreur commise par le législateur de l'an VIII qui avait reproduit de manière inexacte un texte de 1790 reprenant lui-même des dispositions remontant au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. Dans l'arrêt *Heyriès*, il a justifié la mise à l'écart d'une loi par la mission d'exécution des lois imposée par la loi suprême, en l'espèce l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ; autrement dit, il a interprété la Constitution comme

---

<sup>1</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 152.

<sup>2</sup> CE, ass., 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, préc. Voir aussi les deux autres exemples cités par B. PLESSIX, (*Droit administratif général*, op. cit., p. 152) : CE, 6 août 1915, *Delmotte*, Rec. CE, p. 275, et CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009 et 394990, *Cédric D. et Luc G.*, Rec. CE, p. 438, concl. X. DOMINO, et p. 457.

<sup>3</sup> R. DRAGO, « Responsabilité (Principes généraux de la) », Rép. Dalloz, mai 2004 (actualisation janv. 2017).

l'autorisant exceptionnellement « à combler les lacunes de la loi, voire à écarter temporairement l'application de telle disposition législative qui, eu égard aux circonstances, mettrait en péril certain et grave la mission générale de sauvegarde de l'ordre juridique tout entier confiée à l'exécutif<sup>1</sup>. » Dans l'arrêt *d'Aillières*, il a encore plus clairement considéré que « l'expression dont a usé le législateur *ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant* le recours en cassation devant le Conseil d'État<sup>2</sup> ». De même, dans l'arrêt *Dame Lamotte*, il a pris la précaution de préciser que la disposition législative excluant tout recours en justice « n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État [...] »<sup>3</sup> ; c'est-à-dire que, bien que la volonté du législateur ne fût en l'espèce pas de doute, il a considéré que le texte *ne pouvait avoir pour effet* d'exclure le recours pour excès de pouvoir. Bref, dans chacun de ces arrêts où sa décision allait pourtant clairement à l'encontre de la disposition législative en cause, il ne se borne pas à énoncer un principe *ex nihilo* mais habilite systématiquement sa solution en une interprétation de la volonté législative.

Cette technique, d'ailleurs, n'est pas spécifique à la loi : le juge administratif l'applique aux autres normes dont il a à connaître, et l'a également appliquée à la Constitution elle-même pour s'autoriser à se saisir du contrôle de conventionnalité : c'est en se plaçant à la place du constituant, qui, par l'article 55, n'avait pas pu ne pas vouloir donner implicitement une habilitation aux juges de contrôler la conformité des lois aux traités, qu'il s'est rassuré sur sa capacité à procéder à ce nouveau contrôle<sup>4</sup>. C'est également de cette manière qu'il peut lui arriver de « découvrir » des principes généraux du droit, en interprétant de manière parfois audacieuse des textes pourtant clairs à la lumière d'un « ordre de valeurs républicaines qui doit irriguer

---

<sup>1</sup> G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », art. cité. Bruno Genevois rapporte que dans son commentaire de l'arrêt *Heyriès* du 28 juin 1918 (S. 1922, 3, p. 50), Maurice Hauriou avait vu dans l'acception très large donnée par le Conseil d'État des pouvoirs que le Président de la République tenait de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 « le premier essai avoué d'une interprétation hardiment constructive de la loi constitutionnelle à la mode américaine » (B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, p. 715).

<sup>2</sup> CE, ass., 7 févr. 1947, *d'Aillières*, préc.

<sup>3</sup> CE, ass., 17 févr. 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, préc.

<sup>4</sup> Le commissaire du gouvernement Frydman plaidait en ce sens : « nous croyons, en revanche, possible de considérer que - comme l'ont soutenu avant nous des auteurs aussi autorisés que le professeur Chapus ou le conseiller Genevois - *l'article 55 comporte nécessairement par lui-même* une habilitation donnée *implicitement* aux juges à l'effet de contrôler la conformité des lois aux traités. *Il faut bien, en effet prêter aux constituants l'intention d'avoir entendu prévoir une mise en œuvre effective de la suprématie des traités qu'ils ont instituée par ce texte.* [...] En vérité, dans les termes où elle est rédigée, cette disposition constitutionnelle, qui a pour seul objet de définir une hiérarchie des normes, nous paraît bien s'adresser principalement aux juges. Ceux-ci se voient ainsi confier pour mission d'écarter les lois contraires aux traités, et disposent pour ce faire d'une véritable habilitation constitutionnelle *qui, pour n'être qu'implicite, ne nous paraît pas moins intrinsèquement contenue dans le texte.* Ajoutons qu'une telle interprétation permettrait de résoudre l'ensemble des difficultés juridiques que vous avez jusqu'à présent rencontrées. » (concl. P. FRYDMAN sur l'arrêt *Nicolo*, préc.). L'on voit clairement la technique d'interprétation pragmatiquement mise au service de la résolution de problèmes concrets.

l'ensemble du droit positif<sup>1</sup> ». La technique n'est pas non plus propre au juge administratif, on la retrouve aussi chez le juge judiciaire et même chez le juge constitutionnel, par exemple dans sa décision de juin 1959 sur le premier règlement de l'Assemblée nationale et du Sénat<sup>2</sup> dans laquelle il a censuré la possibilité de conclure un débat par le vote d'une résolution, invoquant en quelques lignes très sèches l'impossibilité de mettre en jeu la responsabilité politique du gouvernement, alors que le texte de la Constitution de 1958 n'en disait mot. Cet exemple montre à l'œuvre le pouvoir d'interprétation du juge, qui, à partir d'un énoncé ouvert, modèle le droit selon le schéma implicite qu'il a en tête (en l'espèce, la volonté d'éviter la reproduction des dérives parlementaristes de la IV<sup>e</sup> République). Il en va de même pour le juge administratif dont les décisions traduisent souvent la vision qu'il se fait de l'équilibre social et politique au moment où il juge.

Ainsi, l'interprétation de la loi dans un sens audacieux, voire contraire à la lettre du texte, était bien connue du Conseil d'État avant même que le contrôle de conventionnalité ne s'ajoute à son office. Elle a cependant trouvé un souffle nouveau dans le cadre de ce contrôle et de l'irruption du droit communautaire et du droit européen dans l'ordre juridique français. Elle a en effet constitué un outil précieux pour le Conseil d'État pour lisser les contrariétés entre les normes nationales et celles dont il devait assurer l'application, ce qui avait d'ailleurs été un argument utilisé par le commissaire du gouvernement Frydman dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo* pour rassurer la formation de jugement sur la capacité du Conseil d'État à contenir les effets négatifs du contrôle de conventionnalité<sup>3</sup>.

On note à cet égard une évolution très claire de l'attitude du Conseil d'État<sup>4</sup>. D'abord méfiant envers le droit communautaire et le droit européen, il a utilisé la technique de l'interprétation neutralisante pour privilégier les choix nationaux sur les normes supérieures, cédant à « la tendance naturelle d'un juge national [à] légitimer sa propre législation<sup>5</sup> ». L'arrêt *Association Ekin*, rendu en 1997 au sujet des publications étrangères<sup>6</sup>, est typique de

---

<sup>1</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 48.

<sup>2</sup> Cons. const., 24 juin 1959, décision n° 59-2, *Règlement de l'Assemblée nationale*, et 25 juin 1959, décision n° 59-3 DC, *Règlement du Sénat*.

<sup>3</sup> « [V]ous disposez toujours, en tant que juge cette fois, de la ressource fort utile de l'interprétation, qui vous permettra en quelque sorte de "vider les textes applicables de leur contrariété". Il vous sera ainsi bien souvent possible de considérer qu'une loi apparemment contraire à un traité aura en réalité entendu réserver les cas où ce dernier pourrait trouver application, et vous vous êtes, du reste, déjà engagés dans cette voie à plusieurs reprises [...] » (concl. P. FRYDMAN sur l'arrêt *Nicolo*, préc.).

<sup>4</sup> Voir, pour un panorama de cette évolution, F. SUDRE, « A propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », art. cité, ou plus brièvement, J.-M. SAUVÉ, « Vingt ans après... l'arrêt *Nicolo* », art. cité : « le Conseil d'État, d'abord "élève indocile", voire "rebelle", qui affichait sa "défiance" face à la jurisprudence de la CJCE et à l'eupéanisation du droit public, a su peu à peu se transformer en un acteur coopératif, pour enfin devenir l'instance proactive et créative qu'il est aujourd'hui. »

<sup>5</sup> B. GENEVOIS, note sous l'arrêt *Nicolo*, *RFDA* 1989, p. 832.

<sup>6</sup> CE, sect., 9 juill. 1997, *Association Ekin*, préc. En l'espèce, le Conseil d'État avait interprété la loi du 29 juillet 1881, sur le fondement de laquelle l'arrêt d'interdiction d'un ouvrage espagnol était attaqué, comme donnant au ministre une certaine marge de manœuvre

cette tendance – qui se soldait d'ailleurs fréquemment par une condamnation de la France, lorsque le « forçage » de la loi était trop artificiel et masquait mal l'incompatibilité de la disposition nationale<sup>1</sup>.

Devenu moins réticent, le Conseil d'État a fini par banaliser l'interprétation conforme de la loi française (demandée par la Cour de justice elle-même) qui, renversant la perspective, prend comme point de départ la norme de référence, telle qu'interprétée par la CJUE ou la CEDH, n'hésitant plus, au terme de l'examen de compatibilité, à opter si nécessaire pour une franche inconventionnalité de la loi<sup>2</sup>. L'arrêt *Bitouzet*<sup>3</sup>, cité dans les conclusions sur l'arrêt *Gomez* comme un précédent pouvant servir d'exemple à la décision des juges, est particulièrement révélateur de ces cas où le Conseil d'État ajoute à une loi des sous-entendus qui n'y étaient probablement pas afin de la déclarer compatible avec le droit européen : alors que la loi excluait l'indemnisation des servitudes d'urbanisme sauf dans deux cas bien définis, le Conseil d'État a décidé d'en ajouter une troisième dans le cas où la servitude ferait porter au propriétaire « une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi<sup>4</sup> ». Même si les conclusions du commissaire du gouvernement Ronny Abraham se défendent de proposer une substitution de l'appréciation de l'équité du juge à celle du législateur, il est perceptible qu'en plus de l'objectif assumé d'éviter une condamnation de la France par la CEDH, c'est également bien de cela qu'il s'agit. Pour éviter un désaveu européen, R. Abraham propose aux juges de s'appuyer sur le fait que la disposition en cause, du fait de ses deux exceptions, n'a pas « une portée générale et absolue, et que la jurisprudence pourrait, si elle le voulait, mieux la cantonner dans les limites que lui assigne la loi ». L'arrêt reprend exactement cette proposition : « cet article ne pose pas un principe général et absolu, mais l'assortit expressément de deux exceptions touchant aux droits acquis par les propriétaires et à la modification de l'état antérieur des lieux », ce dont il déduit une troisième exception. L'on voit ici un exemple particulièrement clair où l'interprétation constructive du juge vient suppléer la disposition en cause de ce qu'il estime que l'équité ou les exigences européennes imposent d'ajouter à la loi. Cependant, l'interprétation conforme ne peut pas tout : si elle conduit dans certains cas le Conseil d'État à étendre le champ d'application du droit de l'Union aux situations purement nationales, en vertu du principe « texte unique, interprétation unique », elle s'arrête en principe aux portes du *contra legem* : « l'interprétation conforme au droit de l'Union [ou au droit européen] cesse en présence de dispositions formelles et claires de la loi qui ne méritent aucune interprétation<sup>5</sup> ». L'arrêt *Metro*

---

dans son application, de sorte qu'il a pu contrôler la conventionnalité de l'arrêté sans avoir à toucher à la loi.

<sup>1</sup> Par ex., dans la même affaire, CEDH, 17 juill. 2001, *Association Ekin c. France*, préc.

<sup>2</sup> Voir, pour des exemples de ce cas de figure, l'arrêt *Magiera* de 2002 (préc.) ou, la même année, l'arrêt *Didier* (préc.).

<sup>3</sup> Préc.

<sup>4</sup> Concl. R. ABRAHAM sur l'arrêt *Bitouzet*, préc..

<sup>5</sup> P. JOURDAIN, « Les limites de l'interprétation du droit national "à la lumière" d'une directive européenne en cas d'interprétation *contra legem* », *RTD civ.* 2015, p. 635.

*Holding* en a donné une illustration récente (voir *supra*, Partie I, section II. A. 1).

Enfin, dans ses figures les plus libres, le Conseil d'État a fait preuve de « dynamisme interprétatif<sup>1</sup> », procédant à une interprétation extensive ou novatrice de la loi le menant au-delà de l'interprétation européenne<sup>2</sup>.

Ainsi, comme le résume le Pr. Sudre, « en l'espace seulement de quelques années, la dynamique du droit européen [...] s'est imposée au juge national, qui, prenant conscience que la Convention lui donne prise sur le droit interne, notamment sur la loi, et est une source de renforcement de son pouvoir, n'hésite plus désormais à faire évoluer l'ordre juridique pour le mettre en conformité avec les droits sauvegardés par la Convention<sup>3</sup>. » Le Conseil d'État apparaît de plus en plus – mais, on l'a montré, cela était en germe depuis longtemps – comme décomplexé face à la loi, la différence étant peut-être qu'il l'assume de plus en plus ouvertement. Pour reprendre une formule parlante, « [le] contrôle de conventionnalité libère le juge qui, au bout du compte, devient "libre du choix de ses sources"<sup>4</sup> ».

\*

Au terme de ce rapide historique des rapports du Conseil d'État à la loi, à la fois dans le temps long et depuis l'avènement du contrôle de conventionnalité, il apparaît que l'arrêt *Gomez*, critiqué pour avoir été rendu *contra legem*, pour son interprétation téméraire de la volonté du législateur, pour l'introduction de considérations d'équité en contradiction avec la loi pourtant claire, peut se réclamer d'ancêtres jurisprudentiels peut-être tout aussi audacieux, du moins du point de vue de la technique juridique. Pourtant, derrière cette apparence de continuité se cache une profonde nouveauté.

## 2. Gomez : la nouveauté derrière la tradition

L'arrêt *Gomez* n'a pas manqué à la tradition de ses prédécesseurs de se placer officiellement dans le cadre de la volonté du législateur : il a ainsi manifesté à l'égard du législateur une révérence certaine (a)). Pourtant, derrière cette volonté apparente de ne pas froisser le législateur, l'arrêt semble marquer une étape importante dans la mutation du rapport du Conseil d'État à la loi (b)).

---

<sup>1</sup> F. SUDRE, « A propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », art. cité.

<sup>2</sup> Ce qui correspond aux figures de l'« anticipation » et de l'« émancipation » identifiées par M. Guyomar. Voir *supra*, Partie II, section 0. 0. 0 0.

<sup>3</sup> F. SUDRE, « A propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », art. cité.

<sup>4</sup> P.-Y. GAUTIER, « Vers un bouleversement radical des sources du droit, ou comment loi et Cour de cassation se voient conjointement désavouées par le juge du fond », note sous CA Versailles, 6 févr. 2003, *Rec. Dalloz* 2003, p. 720.

a) *Révérance de façade*

L'arrêt *Gomez* demeure dans le schéma classique consistant, même pour interpréter la loi de manière très constructive, voire *contra legem*, à se rattacher néanmoins à la signification sous-jacente de ses dispositions ou à l'intention de ses auteurs.

La révérence à l'égard du législateur ressort tout d'abord du jugement que la loi, dans sa généralité, n'est pas incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et du refus de juger « que, parce que quelques situations seulement sont susceptibles de poser problème, la loi devrait être tenue, *in abstracto*, pour manifestement incompatible avec la Convention<sup>1</sup> ». L'arrêt, au stade *in abstracto*, manifeste ainsi son respect pour le choix opéré par le législateur, et rappelle explicitement que l'interdiction de l'insémination *post mortem* relève de la marge d'appréciation dont chaque État dispose dans sa juridiction. Il est ainsi conforme aux conclusions qui avaient rappelé qu'en effet, il n'existe pas de consensus au sein du Conseil de l'Europe sur cette question et que la loi française remplit la condition de proportionnalité entre les intérêts divergents susceptibles d'être en cause requise par la CEDH même en cas de marge nationale d'appréciation. Le respect de la volonté du législateur ressort encore, dans les conclusions, de la référence aux travaux préparatoires de la loi, et dans la décision, de celle aux objectifs du législateur (« Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, *au regard des finalités des dispositions législatives en cause*, l'atteinte aux droits et libertés [...] n'est pas excessive »), qui montrent que le juge entend explicitement s'inscrire dans le respect de ces objectifs. Le communiqué de presse sur la décision reprend ce mode d'emploi : « Le juge doit donc apprécier concrètement si, *en fonction du but poursuivi par la loi*, sa mise en œuvre ne porte pas, dans la situation particulière dont il est saisi, une atteinte excessive à de tels droits. »

Mais la révérence envers le législateur se manifeste surtout dans la « sollicitude » exprimée à l'égard du législateur et de la loi (qui, rappelons-le, pose une interdiction absolue) : en appelant au Discours préliminaire du premier projet de code civil par Portalis<sup>2</sup>, A. Bretonneau souligne que le législateur ne pouvait pas matériellement prévoir « l'infinité diversité des situations<sup>3</sup> » qui pourraient tomber sous la coupe de la loi ; il faut donc, non pas « reprocher au législateur de ne pas avoir tout anticipé », ce qui serait un

---

<sup>1</sup> Concl. A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez*, préc.

<sup>2</sup> « [...] si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie ; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes. [...] Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen. [...] Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude ».

<sup>3</sup> Concl. A. BRETONNEAU, préc.

« faux-procès », mais suppléer dans le cadre du prétoire à l'inévitable incomplétude de la loi. Et ceci, non seulement par souci d'équité pour la requérante, mais aussi afin de protéger la loi, pour éviter qu'elle ne soit un jour dans son ensemble considérée comme inconstitutionnelle simplement parce que son application à certaines situations particulières qu'elle régit constituerait une atteinte excessive à l'article 8<sup>1</sup> : cette préoccupation ressort clairement des conclusions, qui brandissent la menace d'un tel jugement par la CEDH. Autrement dit, il serait moins abrupt à l'égard de la loi de l'écarter dans telle ou telle situation, ajoutant par souci d'équité une exception implicite, que de la déclarer inconstitutionnelle tout de go en jugeant qu'il est inconstitutionnel de n'avoir pas prévu abstraitement d'exception ou d'avoir placé l'Administration en situation de compétence liée, sans lui permettre d'adapter l'application de la loi en fonction des circonstances. Le souci de donner des gages au Parlement est clairement perceptible, renouant ainsi avec l'avertissement exprimé par le commissaire du gouvernement Frydman dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo* : « le contrôle que vous exercerez sur l'action administrative pourra s'avérer d'autant plus efficace que vous parviendrez, parallèlement, à éviter tout conflit avec le teur<sup>2</sup> ».

L'on est d'autant plus volontiers porté à croire que cet argument a joué dans la prise de décision du Conseil d'État qu'il est repris dans plusieurs commentaires de la décision, notamment par M. Guyomar, président de la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux<sup>3</sup>. L'argument ne convainc cependant pas entièrement, d'abord parce faire appel à la relativité (il est moins irrévérencieux d'ajouter une exception que de déclarer la loi totalement inconstitutionnelle) n'est qu'une manière habile de minimiser sa témérité<sup>4</sup>, et

---

<sup>1</sup> « Y renoncerez-vous d'ailleurs que la Conv. EDH finirait par l'exercer pour vous. Et, prisonniers d'une logique abstraite du tout ou rien, vous vous retrouveriez ensuite à juger que la loi est inconstitutionnelle pour l'ensemble, quand bien même ce serait par l'effet de circonstances exceptionnelles que la Cour aurait été amenée à la disqualifier. » (concl. A. BRETONNEAU, préc.).

<sup>2</sup> Concl. P. FRYDMAN sur l'arrêt *Nicolo*, préc.

<sup>3</sup> M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité. Voir aussi, par ex., J.-Ph. VAUTHIER, F. VIALLA, « Le Conseil d'État autorise une exportation de gamètes destinée à une insémination post mortem. - « Quelle vérité que ces montagnes bornent, qui est mensonge au monde qui se tient au-delà ? » (Montaigne, *Essais*, II, 12) », *JCP G* n° 29, 18 juillet 2016, p. 864 : « L'introduction d'une appréciation *in concreto* permet un renforcement du contrôle de conventionnalité par le juge national qui, sans avoir à marquer au fer rouge de l'inconstitutionnalité un texte qui reste par ailleurs justifié, peut l'écarter au regard des circonstances particulières d'une situation où son application entraînerait une atteinte à un droit conventionnellement garanti. »

<sup>4</sup> Cette minimisation ressort aussi de l'accent mis sur le fait que cette solution devrait avant tout être comprise comme une solution de référé (voir par ex. M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », préc. : « l'affaire [...] est restée une affaire de référé, traitée et résolue comme telle. Cet aspect du litige est déterminant pour son intelligence. Ceux qui l'appréhenderaient comme un contentieux classique de légalité commettraient un contresens. »). Cependant, comme le souligne P. Delvolvé, « le caractère manifeste n'est pas évident puisqu'il a fallu une longue analyse, dans la formation la plus solennelle du Conseil d'État, pour aboutir à la conclusion de la violation de l'article 8 de la Convention européenne. Comment le juge des référés du tribunal administratif, statuant seul et dans l'urgence, aurait-il pu l'entreprendre lui-même ? »

surtout parce que la solution choisie, en pratique, revient au même que celle que l'on prétend avoir respectueusement évitée, à ceci près (ce qui est loin d'être un détail) qu'elle transfère le pouvoir de définir les exceptions à l'interdit du législateur (s'il avait dû revoir sa copie à cause d'une inconstitutionnalité totale) ou de l'Administration au juge, qui s'autoproclame ainsi régulateur social à la place du législateur.

Quoi qu'il en soit, ce raisonnement aboutit alors, reprenant la méthode éprouvée dans de nombreux arrêts que nous avons rappelés ci-dessus, à une interprétation artificielle de la volonté du législateur : le rapporteur public, renversant la charge de la « modestie<sup>1</sup> », conclut sa démonstration en affirmant que « le législateur français, tout fondé qu'il est à régler le sort des personnes qui se trouvent sous sa juridiction, [...] *ne peut pas être réputé avoir entendu régir des situations qui, par la force des circonstances, lui échappent désormais complètement*<sup>2</sup>. »

Ainsi, de même qu'en matière d'indemnisation au titre de la responsabilité sans faute, puisque seul le législateur, conformément à la *doxa* exprimée par Laferrière<sup>3</sup>, peut apprécier s'il doit accorder une compensation, c'est son intention qu'il convient d'aller découvrir, même si elle est implicite, pour pouvoir légitimement accorder une compensation à un administré, de même, en 2016, c'est seulement en interprétant la volonté du législateur comme *n'ayant pas pu vouloir* que la loi s'applique à absolument toutes les situations, mêmes les plus exceptionnelles, que le Conseil d'État justifie le raisonnement qui le conduit à écarter l'application de la loi *in concreto* dans telle ou telle circonstance. Il renoue ainsi avec une tradition longue de plus d'un siècle, qui n'a d'ailleurs rien de spécifiquement français et que l'on retrouve dans de nombreuses juridictions étrangères, notamment quand sont en jeu des questions socialement sensibles<sup>4</sup>.

---

(« Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité.). L'on voit bien que la portée de l'arrêt dépasse largement une simple question d'inconstitutionnalité manifeste.

<sup>1</sup> Voir concl. A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez*, préc., *in fine*.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Selon la formule bien connue : « le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. *Le législateur peut seul apprécier s'il doit accorder cette compensation : les juridictions ne peuvent pas l'allouer à sa place, elles ne peuvent qu'en évaluer le montant d'après les bases prévues par la loi.* » (E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., éd. Berger-Levrault, 2<sup>e</sup> éd., 1896, t. II, p. 13).

<sup>4</sup> En Grande-Bretagne (parmi certainement bien d'autres exemples), les juges se préoccupent également de rattacher leurs évolutions jurisprudentielles à l'intention alléguée du Parlement : dans une affaire relative au mariage entre personnes de même sexe, par exemple, la Chambre des Lords a pris soin de souligner que la section 3 du Human Rights Act pouvait être interprétée « comme "susceptible d'exiger qu'un tribunal ou la Cour introduise des termes qui changent le sens de la disposition, afin d'assurer sa conformité à la convention". Autrement dit, la Cour a considéré *que l'intention du Parlement avait été, en adoptant la section 3, de lui donner la compétence - limitée par ce qui est "possible" (§ 32, Lord Nicholls) - de changer le sens et, par conséquent, les effets d'une disposition législative.* » Mais « [ce] pouvoir touche à sa limite lorsqu'une interprétation serait "incompatible avec les éléments fondamentaux de la loi" (§ 33, Lord Nicholls). » (R. REED, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », art. cité).



Dès lors, si l'introduction d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* peut être rattachée à l'augmentation continue du contrôle du juge administratif sur l'Administration, à la protection séculaire des droits et libertés, et, en ce qui concerne spécifiquement son rapport à la loi, à une tradition éprouvée d'interprétation constructive de l'intention du législateur allant parfois jusqu'au *contra legem*, en quoi l'arrêt *Gomez* est-il vraiment nouveau ? Il nous semble pourtant qu'il traduit une mutation réelle du rapport du Conseil d'État à la loi.

*b) Glissements de fond*

Dans son rapport à la loi, le contrôle de conventionnalité dédoublé instauré par l'arrêt *Gomez* nous semble, en dépit de sa continuité technique apparente avec des précédents importants, constituer une vraie nouveauté au moins sous trois angles : le premier est celui de l'utilisation de l'équité pour écarter l'application de la loi dans son principe même (et non pour lui *ajouter* quelque chose, comme cela avait été le cas jusqu'à présent) ; le deuxième est l'utilisation de l'interprétation *contra legem* non pour créer une règle applicable à tous, mais pour soustraire un cas particulier à cette règle ; le troisième est que l'arrêt *Gomez* semble sonner le glas de toute interdiction absolue, substituant, quoi qu'il en dise, la vision de l'ordre juridique du juge à celle du législateur. Compte tenu de ses implications immédiates et potentielles, il constitue donc probablement, sous l'apparence d'un simple « glissement<sup>1</sup> » supplémentaire, une vraie rupture.

En premier lieu, l'arrêt *Gomez* nous semble, en dépit des similitudes rappelées précédemment et soulignées par les conclusions et par les commentaires acquis à la solution, irréductible aux précédents de remise en cause de la loi.

La comparaison avec la configuration *La Fleurette*, tout d'abord, est trompeuse. Certes, dans les deux cas, le juge distingue entre la loi, qui est parfaitement légale, et les conséquences de son application, qui sont indésirables : *La Fleurette* ne remet pas en cause la disposition législative en jeu (et pour cause, l'arrêt est rendu en 1938, c'est-à-dire avant l'ouverture du contrôle de conventionnalité comme du contrôle de constitutionnalité) mais s'intéresse à ses effets pour la société requérante ; l'arrêt *Gomez*, lui, souligne expressément que les dispositions attaquées « ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8 ». Dans les deux cas, seuls les effets atteignant un certain degré sont pris en compte par le juge : dans le cas *La Fleurette*, le requérant doit démontrer l'existence d'un préjudice spécial au requérant et anormalement grave ; dans le cas *Gomez*, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention internationale mise en œuvre doit être « excessive » (paragraphe 9 de l'arrêt). Dans les deux cas, le juge corrige ces effets négatifs de manière prétorienne, en interprétant la volonté du législateur comme n'ayant pas pu vouloir que de tels effets indésirables se réalisent et ne soient pas corrigés :

---

<sup>1</sup> Voir l'analyse de P. Delvolvé sur l'affaire *Lambert*, qui montre comment, par glissements successifs, l'on peut en arriver progressivement à des ruptures de fond : « Glissements », *RFDA* 2014, p. 702.

dans l'arrêt *La Fleurette*, « rien [...] ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; [...] cette charge [...] doit être supportée par la collectivité » ; dans le cas *Gomez*, « [i]l appartient [...] au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés [...] n'est pas excessive. » *De prima facie*, donc, l'on pourrait croire que l'arrêt *Gomez* est à la prévention ce que l'arrêt *La Fleurette* est à la réparation : plutôt que d'attendre que le préjudice soit réalisé et que le requérant vienne engager la responsabilité de l'État sur le fondement d'un préjudice anormal et spécial, l'arrêt ne ferait que compléter les outils à la disposition du juge pour empêcher, cette fois en amont et non plus uniquement en aval, les effets excessivement négatifs de l'application des lois. Dans un cas, la loi est appliquée en amont mais l'intervention du juge répare en aval les conséquences de son application. Dans l'autre, le juge écarte l'application de la loi en amont, ce qui évite d'avoir à en réparer les effets en aval. Dans un cas, parce qu'il n'y a pas de rupture de l'égalité devant la loi se produit une rupture de l'égalité devant les charges publiques qu'il convient de réparer en aval. Dans l'autre, parce que l'on rompt l'égalité devant la loi en amont, on évite la survenance d'une rupture d'égalité devant les charges publiques en aval. En somme, mieux vaudrait prévenir que guérir<sup>1</sup>.

Et pourtant, il y a, à notre sens, une différence de nature entre les deux opérations : entre appliquer la loi et y ajouter le versement d'une indemnité, d'une part, et soustraire à l'application de la loi une situation particulière, d'autre part : ajouter n'est pas retrancher. Carré de Malberg a bien mis en lumière cette différence substantielle à l'occasion d'un commentaire de l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'État*<sup>2</sup>, interprété par Duguit comme ouvrant une brèche dans la puissance souveraine de l'État (c'est-à-dire celle du législateur)<sup>3</sup>. Le maître strasbourgeois montre en effet que cet arrêt opère une distinction entre ce qui relève de la souveraineté de l'État d'une part, qui l'autorise en l'espèce à adopter un décret modifiant les conditions de fonctionnement d'un service public concédé, et ce qui relève de sa responsabilité d'autre part, qui l'oblige à réparer les conséquences de ce décret pour le concessionnaire. Autrement dit, il y a une différence de fondement entre l'octroi d'une indemnité pécuniaire et l'application de la loi. Prenons un exemple un peu caricatural mais parlant : si l'État décide de construire une autoroute et qu'un individu invoque à l'encontre de la loi en ayant décidé l'atteinte à son droit de propriété ou à tout autre droit fonda-

---

<sup>1</sup> Voir, en ce sens, M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité : « Rien de nouveau dans ce contrôle [...] : le contentieux de la responsabilité a conduit depuis longtemps le Conseil d'État à admettre que l'application d'une loi ou d'une décision légale puisse engendrer un préjudice anormal et justifier, à ce titre, la responsabilité sans faute de la puissance publique. Le juge du référé liberté intervient en amont du contentieux de la réparation, en temps utile lorsqu'il est encore possible d'éviter la réalisation du dommage en remédiant à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. »

<sup>2</sup> CE, 6 déc. 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, *Rec. CE* p. 913.

<sup>3</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. I, p. 216 *sqq.*

mental, il est clair qu'il ne revient pas au même de bloquer la construction de l'autoroute ou de lui faire faire un détour et d'indemniser le requérant : l'application de la loi ne se confond pas avec l'indemnisation de ses effets, elle est de nature fondamentalement différente. De la même manière, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'État*, comme dans les arrêts *Couitéas*, *La Fleurette* ou *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, il existe une dissociation entre la souveraineté de l'État d'une part, qui n'est pas atteinte puisque la puissance souveraine de l'État (ou, dans un vocabulaire moins carré-de-malbergien, le législateur) peut édicter des règles nouvelles et en imposer l'application, et sa responsabilité d'autre part, sans faute, qui veut que les préjudices anormaux et spéciaux résultant de cette application soient indemnisés. Dans l'arrêt *Gomez*, au contraire, en touchant à l'application même de la loi, en lui retranchant un cas d'application alors même que le dispositif est légal, les juges touchent directement à la souveraineté du législateur.

L'arrêt *Gomez* semble aussi, malgré les similitudes, irréductible aux précédents rendus en matière de droit des étrangers (au premier rang desquels les arrêts *Babas* et *Belgacem*). Comme l'explique bien P. Delvolvé, en effet, dans ces arrêts, « [il] n'y avait pas à déterminer si une interdiction générale formulée par le législateur méritait d'être levée compte tenu des circonstances, mais si les mesures d'éloignement d'étrangers que la loi avait donné à l'administration le pouvoir de prendre pouvaient l'être dans des circonstances données. Il ne s'agissait pas de faire obstacle à la loi mais seulement à des mesures administratives. Il ne s'agissait pas d'accorder une autorisation contraire à la loi mais de prendre une décision seulement permise par la loi. Il ne s'agissait pas d'une décision relevant d'un pouvoir lié mais de décisions prises dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il y avait donc matière à vérifier directement si ces décisions respectaient les exigences de l'article 8 de la Convention européenne<sup>1</sup>. »

Enfin, l'on pourrait voir dans les arrêts rendus sur le fondement de l'espérance légitime des arrêts annonciateurs de l'arrêt *Gomez*, par exemple l'arrêt *M<sup>me</sup> Levenez*<sup>2</sup> ou l'arrêt *Société EPI*<sup>3</sup>. Ils l'étaient, certes, par leur attachement toujours plus poussé aux effets des lois sur la situation des administrés, mais avec toutefois une différence de fond : si ces arrêts encadrent l'application dans le temps de la loi, interdisant son application aux procédures juridictionnelles en cours ou aux situations dans lesquelles, pour des raisons tenant aux actes du législateur lui-même, les individus avaient pu légitimement espérer le maintien d'un dispositif, ils ne touchent pas à son principe même, ils n'écarterent pas le choix souverainement opéré par le législateur. Ils retranchent, certes, mais uniquement dans le temps, pas dans le principe.

Autrement dit, jusqu'à l'arrêt *Gomez*, le juge s'était autorisé à ajouter quelque chose à la loi ou à réajuster son cadre d'application temporel ; mais,

---

<sup>1</sup> P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité.

<sup>2</sup> Préc.

<sup>3</sup> Préc.

sous ces réserves, le cœur du choix législatif (à supposer qu'il fût compatible avec les stipulations conventionnelles) était intact.

En deuxième lieu, une mutation de fond nous paraît résider dans le fait que jusqu'à l'arrêt *Gomez*, les interprétations *contra legem* avaient été rendues soit dans des circonstances très particulières, soit pour créer une nouvelle règle applicable à tous, et non pour créer une règle individuelle applicable dans un cas particulier au mépris de la règle générale. Les arrêts *Heyriès*, *Dame Lamotte* et *d'Aillières* concernaient ainsi tous trois des situations de guerre ou assimilées, qui expliquaient en leur temps qu'une loi dérogeant à la normalité juridique eût pu être adoptée ou qu'il pût y être dérogé, mais aussi que cette normalité dût ensuite être rétablie. Rien de tel dans l'espèce de l'arrêt *Gomez*. D'autre part, aussi bien dans ces situations particulières que dans les autres cas cités de jugement *contra legem* ou du moins *extra legem* (*La Fleurette*, *Ministre des PTT c. Ehrardt*, *Sté française d'intérim c. Ministre des PTT*, *Sté fermière de Campoloro*, *Bitouzet* ou *C<sup>ne</sup> de Palavas-les-Flots*, pour ne citer que ceux-ci), la règle créée par le juge était une norme générale s'appliquant indistinctement à tous, au-delà de l'espèce ayant permis leur découverte : « dans tous les cas, la solution dégagée par le juge n'est pas limitée au cas d'espèce : elle vaut dans tous les cas. Elle est doublement générale : par son origine et par son champ. Elle est essentiellement normative<sup>1</sup>. » Au contraire, l'arrêt *Gomez* produit un renversement : il dégage une règle particulière (on n'ose dire une norme, puisqu'il s'agit précisément de la non-application d'une norme), applicable à la requérante uniquement, compte tenu des circonstances de son cas, dont l'arrêt souligne clairement le caractère exceptionnel. Comme un certain nombre d'auteurs l'ont, à notre sens, justement remarqué<sup>2</sup>, il ouvre ainsi la voie à une parcellisation de la norme.

Enfin, l'arrêt *Gomez* nous semble sonner le glas des interdictions absolues.

D'une part, en effet, l'arrêt ne se contente pas d'écarter *in casu* l'application de la loi, c'est-à-dire d'ajouter une « clause de sauvegarde » à la loi particulière qui était en cause en l'espèce, comme cela avait été le cas des arrêts précédents qui avaient ouvert la voie au contrôle *in concreto*. Il généralise également l'hypothèse de la double conventionnalité à toute loi. Le paragraphe de principe n° 9 est clair : contrairement aux paragraphes précédents qui examinaient les dispositions particulières en cause dans l'arrêt et aux paragraphes suivants qui reviennent à l'espèce, il s'élève au niveau de la généralité : « la compatibilité de la loi [l'article défini devant ici être compris dans un sens général, non comme une référence à la loi particulière en cause] avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de

---

<sup>1</sup> P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité.

<sup>2</sup> *Ibid.* ; voir aussi B. HAFTEL, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Rec. Dalloz* 2016, p. 1477 ; J. HAUSER, « Procréation médicalement assistée *post mortem* : le début du délitement ? », *RTD civ.* 2016, p. 600.

*dispositions législatives* puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. » Dans tous les cas, donc, sous réserve de démontrer la particularité des circonstances qui lui sont soumises, le juge s’arroge désormais le pouvoir de « ne plus tenir pour règle ce qui est fixé par la loi<sup>1</sup> ».

D’autre part, l’arrêt enjoint au juge, à *chaque fois* qu’il lui reviendra de juger de la conventionnalité d’une loi au regard de conventions internationales, d’appliquer ce double crible (à supposer toutefois sans doute qu’il soit saisi de moyens en ce sens). La généralité de la rédaction est là encore très claire : « *Il appartient par conséquent au juge d’apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l’atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n’est pas excessive.* »

Les réactions qu’a suscitées l’arrêt ne s’expliquent donc pas seulement par la question en jeu, évidemment plus sensible que la matière fiscale ou l’accès au juge ; elles s’expliquent aussi par la vraie nouveauté de l’arrêt, qui consiste à systématiser le mouvement que l’on pouvait pressentir dans les précédents similaires mais que le juge s’était jusqu’alors contenté d’appliquer à la loi en cause, autrement dit, à généraliser l’existence d’une « soupape de contrôle concret<sup>2</sup> » au sein de chaque loi.

Si l’on a lu correctement l’arrêt, cela signifie donc que désormais, quelles que soient les interdictions absolues que le législateur pourra édicter, elles pourront toujours céder devant telle ou telle circonstance particulière, que le juge aura systématiquement le devoir d’apprécier concrètement. Pour reprendre un slogan célèbre, il est, maintenant de manière générale, interdit d’interdire absolument, de même que les arrêts rendus sur le fondement de l’espérance légitime pouvaient être lus comme interdisant d’interdire de manière trop brusque. Le temps des « règle[s] de facture absolutiste », pour reprendre l’expression d’A. Bretonneau dans ses conclusions, est révolu, et le Conseil d’État, à l’origine de ce changement de modèle, l’assume désormais ouvertement<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité.

<sup>2</sup> Concl. A. BRETONNEAU sur l’arrêt *Gomez*, préc.

<sup>3</sup> La décomplexion du Conseil d’État à l’égard de la loi, encore entourée de mille précautions dans les propos du président Odent cités ci-dessus (voir 0, section 0. 0. 0. 0), semble désormais beaucoup plus assumée. Ce discours du vice-président Sauvé en 2010, par exemple, nous semble tout à fait révélateur : « Vaut-il mieux, pour assurer la protection des libertés et des droits fondamentaux, un juge souverain *mais corseté, en dépit de sa créativité jurisprudentielle, par l’assujettissement à la loi interne* ou un juge confronté à une pluralité de normes supérieures et opposables à la loi, dont le sens et la portée sont, au terme d’un dialogue réel et fécond, ultimement fixés par d’autres juges ? Poser cette question, c’est déjà y répondre. [...] Le juge administratif assume son passé, à bien des égards glorieux, c’est-à-dire la garantie des libertés publiques qu’il a mise en œuvre avec une efficacité croissante pendant plus d’un siècle face aux autorités publiques. Mais ce passé n’est pas un reliquaire qu’on devrait d’autant plus révéler qu’il serait révolu. [...] Loin du repli ombrageux sur son pré carré historique *et de sa frilosité de jadis à l’égard de la loi, hier pleinement légitime mais aujourd’hui caduque*, le juge administratif français n’entretient pas (ou plus) la nostalgie du quasi-monopole juridictionnel qu’il détenait pour assurer la garan-

Or il est permis de nourrir quelques préoccupations devant cette « auto-augmentation » de son pouvoir normateur (ou plutôt, anti-normateur, si l'on peut dire) par le juge, dans la mesure où, nonobstant tout son discernement et toute sa bonne volonté, la balance entre les droits revendiqués et l'intérêt collectif semble de plus en plus privilégier les premiers contre le second, où les droits invoqués à l'appui d'instruments internationaux sont parfois très flous et où le juge, pas plus que quiconque, n'est à l'abri de la subjectivité.

### *B. Préoccupations*

Beaucoup de choses très pertinentes ont déjà été écrites sur la portée du double contrôle de conventionnalité et les questions qu'il pose quant à la place et à l'office du juge. Qu'il nous soit cependant permis de revenir sur deux points saillants qui questionnent particulièrement les conséquences du nouveau rapport du Conseil d'État à la loi : l'oubli apparent de l'intérêt collectif (1.) et la légitimité du juge à écarter une loi conventionnelle (2.).

#### **1. Où est passé l'intérêt collectif ?**

Le rôle du juge administratif français, du fait de son office particulier de juge des litiges entre l'Administration et les administrés (pour schématiser), a toujours été à la croisée de plusieurs intérêts potentiellement contradictoires : il n'est pas seulement chargé de protéger les droits et libertés des administrés contre les atteintes illégitimes des pouvoirs publics, mais aussi de concilier cette protection avec la marge d'action nécessaire à l'exercice du pouvoir et avec la cohérence globale du système juridique, tel qu'il résulte des textes applicables. « Même dans l'exercice de son office de juge des référés, même comme protecteur des droits des administrés, [il] demeure un juge administratif, doté d'un office bien particulier, gardien avant tout de l'intérêt général, à qui il est interdit de se montrer uniquement défenseur des droits individuels, et qui doit au contraire, de tout temps et en tout lieu, concilier la protection des libertés avec les droits de l'État<sup>1</sup>. »

---

tie des libertés publiques et il se comporte désormais comme un acteur déterminé et loyal de ce réseau multipolaire de juges qui ont appris à dialoguer entre eux. (...) pour conserver son identité, continuer à défendre l'intérêt général, maintenir et renforcer le rôle éminent qui est le sien dans la protection des droits fondamentaux, le juge administratif a compris l'utilité de l'ouverture sur d'autres juges et d'autres sources du droit et il mesure les bénéfices qui en procèdent pour l'accomplissement de sa mission : le parti qu'il a tiré des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité et les avancées qui en ont résulté en témoignent avec éloquence. Il sait par conséquent que, loin d'affaiblir son rôle, son inscription dans un ensemble plus vaste de juges et de normes démultiplie son influence et renforce sa contribution à la protection des libertés et des droits fondamentaux. Il se réjouit de cette évolution, moins pour le lustre nouveau qu'elle lui donne, que pour le surcroît d'efficacité qu'il en tire. Car tout en faisant pleinement respecter les principes constitutionnels et conventionnelles, *il ne cesse pas de développer, en anticipation ou en accompagnement de ces principes, sa contribution propre qui vient fortifier la protection des droits et des libertés*. Le remarquable dynamisme de la jurisprudence du Conseil d'État depuis deux décennies – qui ne doit pas tout, mais qui doit beaucoup à son ouverture – conforte la pertinence de ce choix : ce qui a été fait depuis l'arrêt *Nicolo* n'a rien à envier à l'œuvre accomplie au cours du siècle précédent. C'est dans cette voie que le juge administratif entend poursuivre. » (J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », art. cité).

<sup>1</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 513. Voir aussi R. ODENT, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 54 sqq.

Cette conciliation, cependant, n'est pas figée. Elle fait l'objet d'ajustements pointillistes permanents, et sans doute aussi de tendances de fond : de manière générale, depuis les origines de la jurisprudence administrative, il est évident que cette conciliation s'est largement rééquilibrée en faveur des administrés, avec cependant des fluctuations, au gré du contexte politique et social. Depuis une ou deux décennies, on observe, on l'a dit, une insistance plus marquée dans le discours du Conseil d'État sur sa mission de protecteur des droits et libertés, qui résulte certainement de l'influence de la jurisprudence européenne et, plus généralement, de la « subjectivisation » du droit administratif. Ce discours reflète un mouvement jurisprudentiel qui semble pencher un peu plus vers la protection des droits et libertés. La mise en œuvre de la responsabilité de l'État du fait de son activité normative régulière en donne une illustration éloquent : alors que les arrêts *Couitéas*, *La Fleurette* et *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* avaient semblé ouvrir une brèche audacieuse dans l'irresponsabilité de la puissance publique, ces jurisprudences ont été pendant longtemps neutralisées par une politique jurisprudentielle extrêmement restrictive, au point que l'on a pu qualifier de « mythe<sup>1</sup> » la responsabilité de l'État législateur. Très souvent, en effet, le juge privilégiait l'intérêt général poursuivi par la loi attaquée (qu'il soit d'ordre sanitaire, moral, sécuritaire, économique ou environnemental) pour considérer que, en raison même de cet objet, le silence du législateur devait être interprété comme ayant entendu exclure toute indemnisation. L'on pouvait donc compter sur les doigts d'une main les arrêts dans lesquels le Conseil d'État avait accepté de faire droit à une demande d'indemnisation. L'on voyait ainsi à l'œuvre une « rhétorique de l'intérêt général supérieur<sup>2</sup> » faisant obstacle à l'indemnisation des préjudices individuels : le motif d'intérêt général était un critère d'appréciation de l'intention du législateur et était généralement tenu pour prééminent.

Or, depuis une quinzaine d'années, le mouvement de balancier semble s'être inversé, la rhétorique de l'intérêt général supérieur cédant de plus en plus souvent devant celle des droits fondamentaux : le Conseil d'État, par plusieurs décisions remarquées (notamment *ADARC*, en 2003<sup>3</sup>, et *Société coopérative agricole Ax'ion*, en 2005<sup>4</sup>), a « [rouvert] les portes de l'indemnisation<sup>5</sup> ». Les conclusions sur l'arrêt *Ax'ion* sont particulièrement intéressantes à cet égard, car elles préconisaient (en s'appuyant notamment sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg) que la condition tenant à la volonté du législateur soit tout bonnement abandonnée, pour ne plus retenir que celle tenant à l'anormalité du dommage<sup>6</sup> ; en substance, seuls devraient

---

<sup>1</sup> P. GODFRIN, « La responsabilité de l'État du fait des conventions internationales est-elle un mythe ? », *RFDA* 1993, p. 156.

<sup>2</sup> S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Responsabilité sans faute », *Rép. Dalloz*, juin 2013 (actualisation janv. 2017), n° 55-58. Sur cette question, voir aussi D. DE BÉCHILLON, B. RICOU, « Irresponsabilité de la puissance publique », *Rép. Dalloz*, janv. 2011.

<sup>3</sup> CE, sect., 30 juill. 2003, préc.

<sup>4</sup> CE, 2 nov. 2005, préc..

<sup>5</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 172.

<sup>6</sup> Concl. M. GUYOMAR sur CE, *Sté coopérative agricole Ax'ion*, préc., « La responsabilité du fait des lois : nouveaux développements », *RFDA* 2006, p. 349.

compter les effets du Pouvoir sur les administrés, quelle que soient la faute ou l'absence de faute de l'Administration. Même si les conclusions n'ont pas été suivies sur ce point, on aperçoit clairement une tension entre deux rhétoriques contradictoires : celle de l'intérêt général, de l'ordre public, qu'exprime la loi, d'une part, et celle des droits individuels, de l'autonomie, représentative des valeurs produites par la CEDH ou plus généralement par le mouvement de subjectivisation, d'autre part, ces deux idiomes s'affrontant sur le terrain de l'interprétation de la loi et des intentions du législateur. Ce mouvement d'infléchissement de la rigueur du Conseil d'État dans l'analyse de l'intention du législateur annonçait clairement l'arrêt *Gomez* : de même que l'intérêt général exprimé par la loi ne suffit plus par principe à empêcher l'indemnisation des administrés auquel elle porte un préjudice anormal et spécial (*Ax'ion*), il ne suffit plus non plus, en amont, à justifier l'application systématique de la loi, fût-elle sans équivoque (*Gomez*). Cependant, même dans l'hypothèse d'un rééquilibrage, on s'attend à ce que l'attachement plus marqué du juge administratif aux droits des requérants ne le fasse pas totalement ignorer l'intérêt collectif.

Or, dans l'arrêt *Gomez*, bien que le Conseil d'État ait indiqué avoir opéré une pesée entre l'intérêt, ou le « droit », de la requérante, et l'intérêt général justifiant l'interdiction absolue de l'insémination *post mortem*, l'intérêt collectif semble singulièrement absent. Le luxe de détails sur les circonstances de l'affaire est inversement proportionnel à la rigueur juridique du raisonnement, ce que l'ensemble des commentateurs ont relevé. Au contraire, l'arrêt semble prendre franchement le contrepied des buts que le législateur poursuivait en interdisant absolument l'insémination *post mortem* et l'exportation de gamètes dans des conditions contraires à l'ordre public français. Ce paradoxe conduit à revenir sur les faiblesses du raisonnement qui a conduit à généraliser le contrôle de conventionnalité à double étage (a), avant de se demander en quoi ce flou est préoccupant (b)).

#### *a) Faiblesses du raisonnement*

Sans parler du caractère prétendument manifeste de l'atteinte portée par le refus d'exportation des gamètes qui, comme le relève P. Delvolvé, est loin d'être évident « puisqu'il a fallu une longue analyse, dans la formation la plus solennelle du Conseil d'État, pour aboutir à la conclusion de la violation de l'article 8 de la Convention européenne<sup>1</sup> », la faiblesse du raisonnement de l'arrêt *Gomez* tient à deux raisons : d'une part, il ne dit mot de l'intérêt collectif (i.) ; d'autre part, il n'explique pas davantage ce qui caractérise l'excès qui ouvre la porte à la mise à l'écart de la loi (ii.).

#### *i. L'ignorance de l'intérêt collectif*

L'assemblée du contentieux du Conseil d'État, consciente de toucher à un sujet sensible et d'opérer une évolution jurisprudentielle audacieuse, a manifestement voulu faire preuve de pédagogie et prendre des précautions de rédaction. Soutenu dans cette entreprise par le style direct qui est désormais la règle pour la rédaction des arrêts au Palais Royal, l'arrêt déroule mé-

---

<sup>1</sup> P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité.



thodiquement son raisonnement jusqu'à conclure à l'atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et à l'injonction de permettre l'exportation des gamètes. La démonstration a toute l'apparence de la rigueur juridique. Dans le paragraphe n° 9 qui annonce l'obligation désormais faite au juge d'examiner la conventionnalité *in concreto*, l'arrêt annonce une pesée entre les « finalités des dispositions législatives en cause » et l'atteinte aux droits et libertés protégés. Il fait en cela écho aux conclusions qui avaient fait référence aux objectifs poursuivis par le législateur, qui avaient invité la formation de jugement à apprécier si, en comparaison de ces objectifs poursuivis, l'ingérence dans la vie privée de M<sup>me</sup> Gomez était disproportionnée, et qui avaient explicitement fait l'analyse de cet « autre plateau de la balance ». Le communiqué de presse publié sur le site internet du Conseil d'État, enfin, confirme que le juge a apprécié concrètement si, « en fonction du but poursuivi par la loi », sa mise en œuvre ne portait pas, dans le cas particulier dont il était saisi, une atteinte excessive aux droits garantis par la convention<sup>1</sup>.

Quels étaient en l'espèce ces buts poursuivis par la loi ? Le rapporteur public les rappelle dans le cadre de ses conclusions, tels qu'ils ressortent des travaux préparatoires : « le risque que serait susceptible de constituer, pour le développement psychologique de l'enfant à naître, la circonstance qu'il ait été conçu après le décès de son père », c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant, notamment en évitant qu'il ne soit instrumentalisé et devienne un remède au deuil de sa mère (un « enfant thérapeutique ») ; « les difficultés qui s'attachent pour la mère au fait d'élever seule un enfant dont on a la certitude, au moment de la conception, qu'il sera orphelin » ; et « l'effet perturbateur de la possibilité d'une conception *post mortem* en matière de filiation et de succession<sup>2</sup> ». Ces objectifs peuvent être réunis sous l'appellation d'intérêt collectif, puisqu'ils ont vocation à sauvegarder, au-delà de l'intérêt de tel ou tel enfant, « les valeurs essentielles du consensus social et du système juridique<sup>3</sup> », c'est-à-dire la conception que la société se fait de l'ensemble des libertés individuelles et de leur exercice conjoint, conception que le législateur, s'exprimant au nom de la volonté générale, traduit dans le cadre des lois.

Or on constate que l'arrêt, à part la déclaration de principe du paragraphe n° 9 selon laquelle il entend prendre en compte les objectifs du législateur, ne procède ensuite, dans l'application de ce *modus operandi* au cas d'espèce, à aucune confrontation de ces objectifs avec l'atteinte alléguée au droit de la requérante. Dans son paragraphe n° 11, il rappelle de manière détaillée les circonstances de l'affaire, mais ne dit pas un seul mot de l'intérêt de l'enfant, pas plus que des conditions matérielles dans lesquelles sa mère l'élèvera ni des conséquences en matière de filiation et de succession. Certes, on objectera que les juges peuvent fort bien avoir pris en compte les

---

<sup>1</sup> <http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Communiqués/Insemination-post-mortem>.

<sup>2</sup> Concl. A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez*, préc.

<sup>3</sup> B. STIRN, « L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation », propos liminaires du colloque du 24 févr. 2017 à la Cour de cassation (<http://www.conseil-Etat.fr/content/download/92488/888702/version/1/file/Ordre%20public.pdf>).

but visés par la loi dans le cadre de leur délibéré, sans le retranscrire dans l'arrêt. On trouve d'ailleurs des éléments d'analyse de la pesée dans le cadre des conclusions. Mais même en imaginant l'application au cas d'espèce de ces objectifs, il n'est pas évident qu'ils soient effectivement respectés, au moins dans une certaine mesure. L'on peut certes donner le bénéfice du doute à la question des conditions matérielles d'éducation de l'enfant ainsi qu'à celle de la filiation et de la succession, puisque l'insémination *post mortem* étant autorisée en Espagne, ces sujets y sont certainement régulés ; les conclusions ouvrent d'ailleurs la voie à une pesée de ces intérêts en suggérant leurs poids à la formation de jugement. Mais qu'en est-il de l'intérêt de l'enfant ? S'arrête-t-il à la frontière espagnole ? On ne voit nulle part trace d'une mise en balance de cet intérêt avec celui de la requérante, ni dans l'arrêt, ni dans les conclusions, ni dans les commentaires de l'arrêt par des conseillers d'État. Cette absence est d'autant plus étonnante que l'on sait que dans d'autres configurations, le Conseil d'État n'hésite pas à invoquer ce même intérêt de l'enfant précisément pour valider des violations de la loi française<sup>1</sup>. On regrette donc l'absence de précision sur l'appréciation par les juges, au stade concret, de ce qu'*au regard des finalités des dispositions législatives en cause*, l'atteinte à la vie privée n'était pas excessive.

L'absence d'une telle pesée a d'ailleurs été aperçue par les commentateurs de l'arrêt, par exemple le Pr. Fulchiron : « en l'espèce, cette pesée n'a pas vraiment lieu. Sont mises en avant les circonstances de l'espèce, circonstances particulièrement douloureuses qui montrent bien l'injustice du sort [...]. Reste que la balance entre les droits et intérêts en présence n'est pas vraiment faite... parce que les plateaux restent vides<sup>2</sup>. »

Cette impression se renforce lorsqu'on analyse un jugement rendu dans des circonstances similaires par le tribunal administratif de Rennes<sup>3</sup>, à la différence près que les deux membres du couple concerné étaient, dans cette espèce, français ; pour le reste, les circonstances étaient tout aussi dramatiques : après la découverte de la maladie du mari et le dépôt de ses gamètes, le couple avait fait procéder à une première insémination, mais, après la mort du mari, l'enfant était mort très peu de temps avant le terme ; la requérante souhaitait procéder à une deuxième insémination. L'arrêt reprend textuellement la rédaction de l'arrêt *Gomez* et conclut dans le même sens. Il ne dit mot des objectifs relatifs aux conditions matérielles dans lesquelles

---

<sup>1</sup> Nous pensons ici aux gestations pour autrui réalisées par des femmes françaises à l'étranger ; voir, pour un exemple récent (ayant suivi de près la condamnation de la France par la CEDH pour avoir refusé de transcrire l'état civil d'enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui : CEDH 21 juill. 2016, aff. 9063/14 et 10410/14, *Foulon et Bouvet c/France*, *Rec. Dalloz* 2016, Actu. 1648), l'ordonnance du 3 août 2016 par laquelle le Conseil d'État, au nom de l'intérêt de l'enfant, a enjoint au Ministre des affaires étrangères de délivrer un laissez-passer à un enfant conçu par GPA en Arménie (n° 401924, *Ministre des affaires étrangères et du développement international c/ Mme A.*, *Rec. Dalloz* 2016, p. 1700).

<sup>2</sup> H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », art. cité. Voir aussi, par ex., P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578.

<sup>3</sup> TA Rennes, 11 oct. 2016, n° 1604451, *Mme Rose Monnerais, veuve Gourmelon*, inédit : *JurisData* n° 2016-021107.

l'enfant sera élevé ni surtout des conséquences en matière de filiation (qui en France, contrairement à l'Espagne, sont susceptibles de poser problème), et écarte explicitement l'intérêt de l'enfant dans son considérant n° 10, au motif – pour le moins contestable – qu'il ne saurait dans les circonstances de l'espèce prévaloir sur la volonté de mener à terme le projet parental<sup>1</sup>. Il apparaît plutôt assez clairement en l'espèce que le second enfant était doublement « thérapeutique », en contrariété flagrante avec ce que le législateur voulait précisément éviter. La pesée revient donc en l'espèce à procéder, dans un cadre purement français, précisément à ce qui est absolument interdit.

Cette liberté du Conseil d'État dans l'ignorance des buts poursuivis par le législateur rompt avec la prudence qui semblait prévaloir jusqu'alors quand il était confronté à des sujets de société sensibles, qui le conduisait à respecter plus scrupuleusement les choix politiques des gouvernants<sup>2</sup>. Or cette ignorance se double d'une incertitude quant à la méthode qui doit prévaloir pour mettre la loi à l'écart.

### ii. *L'incertaine caractérisation de l'excès dans l'ingérence*

L'arrêt *Gomez* n'explique pas clairement ce qui caractérise l'excès dans l'ingérence portée au droit de la requérante, qui ouvre la porte à la mise à l'écart de la loi. Le paragraphe n° 11 énumère de manière détaillée toutes les circonstances de fait pour conclure sans plus de précision que le refus « porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive » au droit de la requérante. Or nulle indication n'est donnée sur la méthode suivie par les juges, au-delà de leur simple ressenti, pour conclure que l'ingérence est excessive.

Deux éléments semblent avoir pesé particulièrement dans la balance : d'abord, le fait que les deux membres du couple étaient de nationalité étrangère, et que M<sup>me</sup> Gomez est ensuite retournée vivre en Espagne, rompant manifestement tout lien durable avec la France ; ensuite, l'absence de volonté de contourner la loi française.

La circonstance tenant à la nationalité ressort clairement de l'arrêt. Elle y est soulignée à plusieurs reprises, de même que dans les conclusions : « C'est donc à vous de décider si l'interdiction d'exporter les gamètes en vue d'une insémination *post mortem* doit être lue comme allant jusqu'à

---

<sup>1</sup> « Considérant que si le législateur a entendu de manière générale préserver les intérêts propres à l'enfant, cet objectif ne saurait, sans porter atteinte au droit que la requérante tire de l'article 8 de la cour européenne des droits de l'homme de définir de manière autonome son projet familial, à la suite du double deuil qui l'a affecté, prévaloir dans les circonstances très particulières de l'espèce, sur la volonté que M. et Mme Gourmelon avaient clairement exprimée de mener à son terme leur projet parental ».

<sup>2</sup> Le Pr. Plessix rappelle ainsi la fidélité à l'intention du législateur telle qu'elle ressortait des travaux préparatoires qui guida le juge administratif dans des affaires relatives aux prérogatives administratives de délivrance ou d'exemption des premiers repos hebdomadaires, au statut des manifestations extérieures du culte au regard de la loi de 1905 sur la laïcité dans le contexte anticlérical de la Troisième République, ou à la conception de l'interruption volontaire de grossesse (B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 144).

permettre à l'administration française de s'opposer à l'usage des gamètes y compris dans une situation de fait si particulière qu'elle n'entretient plus aucun lien avec la France ou si elle a pour seul objectif de prolonger l'interdit absolu en vigueur sur son territoire pour éviter qu'il fasse l'objet de commodes contournements. [...] Surtout, *ni M<sup>me</sup> Gomez ni l'enfant qu'elle souhaite concevoir n'entretiendraient plus, en toute hypothèse, de relation avec la France.* [...] Dans ces conditions, les intérêts légitimes que poursuit la législation française, qui tiennent de la protection des intérêts de la mère et de l'enfant, ainsi qu'au souci d'éviter des complications successorales, nous semblent peser moins lourd lorsqu'ils s'appliquent à une femme et un enfant à concevoir *qui ne relèveront plus, même en ce qui concerne leur statut personnel, de sa juridiction*<sup>1</sup>. » Les conclusions imaginent aussi, pour appuyer leur démonstration, un autre exemple contenant lui aussi précisément cette circonstance particulière tenant à la territorialité. Pour convaincre que soient ces arguments, ils ne semblent toutefois guère satisfaisants. Ils s'appuient en effet sur une interprétation restrictive de l'interdiction d'exporter les gamètes, cantonnée au « strict corollaire de l'interdiction de pratiquer l'insémination posthume en France et exclusivement destinée à ce que cette seconde ne soit pas contournée<sup>2</sup> » ; or rien ne prouve que telle était effectivement l'intention du législateur en la matière. L'interdiction législative résultant d'une ordonnance et non d'une loi<sup>3</sup>, il n'existe pas de travaux parlementaires permettant de le vérifier, mais une interprétation moins restrictive, « comme le prolongement de l'interdiction posée par le législateur, qui aurait eu vocation à déployer ses effets sans distinction selon le lieu de la naissance future de l'enfant<sup>4</sup> », et se fondant notamment sur l'idée que l'intérêt de l'enfant n'a pas moins de valeur selon que l'on se situe en-deçà ou au-delà des Pyrénées, était parfaitement possible.

L'argument relatif au contournement de la loi est, quant à lui, pour le moins surprenant, sauf à être purement lié à la question de la nationalité de la requérante. Sa reprise par le jugement rendu par le tribunal administratif de Rennes (« en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante dont le souhait est uniquement de mener à terme ce projet dont M. Gourmelon pouvait légitimement considérer avant son décès qu'il allait aboutir<sup>5</sup> ») nous semble à cet égard parfaitement inepte : avant le décès du mari, il ne peut évidemment être question de fraude, le couple étant fondé à demander une insémination ; après son décès, il n'est pas question de fraude

---

<sup>1</sup> Concl. A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez*, préc.

<sup>2</sup> M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité.

<sup>3</sup> L'interdiction d'exporter ne provient pas de la loi ayant instauré les dispositions principales, c'est-à-dire la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, confirmée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 ; elle a été ajoutée par une ordonnance postérieure, pour les besoins de transposition de la directive 2004/23/CE qui a imposé la circulation des produits humains (hypothèse qui n'existait pas en 1994 où ce genre de pratiques étaient purement territoriales).

<sup>4</sup> Voir en ce sens L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cité.

<sup>5</sup> TA Rennes, 11 oct. 2016, préc.

mais simplement de violation objective de l'interdiction posée par la loi, en dehors de toute considération subjective : ouvrir droit à cet argument revient tout simplement à vider quasi-entièrement la loi de sa substance. En outre, on ne voit pas en quoi l'atteinte à l'intérêt de l'enfant, la difficulté d'élever seule un enfant ou les problèmes de filiation seraient amoindris par l'absence de fraude.

En tout état de cause, l'arrêt *Gomez* ne précise pas de méthode pour, par-delà l'impression subjective dégagée de l'ensemble des circonstances, apprécier en quoi tel élément ou telle combinaison d'éléments caractérise l'excès dans l'ingérence au droit en cause, par rapport à des circonstances « normales ». De manière imagée, l'arrêt ne permet pas de savoir, si l'on enlève telle brique ou telle autre, à partir de quand le bâtiment s'écroule et les circonstances redeviennent « normales », donc soumises à l'interdit. Or il ne faut pas perdre de vue que le « cas de base », la référence « normale » par rapport à laquelle l'excès de l'ingérence doit être caractérisé n'est pas une situation banale : sans préjudice d'une analyse sociologique précise, il est facile d'imaginer, d'une part que dans la plupart des cas, une femme ne va pas demander une insémination *post mortem* à la légère, de sa propre initiative, mais pour mettre en œuvre un projet décidé conjointement dans des circonstances dramatiques, et d'autre part que par essence, toute situation dans laquelle une femme voudrait procéder à une insémination *post mortem* est une situation douloureuse, dominée par l'émotion, suivant de peu la mort du conjoint, en particulier en France où, les gamètes devant en principe être détruits dès la mort de la personne qui les a déposés, une telle demande ne peut intervenir que très peu de temps après le décès. C'est donc non pas *en soi*, mais *par rapport à une situation déjà grave* que le juge, pour démontrer une ingérence excessive, doit démontrer une gravité encore plus caractérisée.

Or, certes, le législateur ne peut pas avoir anticipé toutes les situations possibles et imaginables. Mais on peut lui faire le crédit d'avoir eu conscience du fait que l'insémination *post mortem* concernait toujours, par essence, des situations très douloureuses, lorsque, au terme de plus de deux ans de débats parlementaires, il a malgré tout choisi d'interdire cette pratique de manière absolue. Les lois de bioéthique, en effet, ne sont pas adoptées hors de tout contexte concret, dans de hautes sphères déconnectées de la réalité : d'abord, elles constituent souvent une réponse à des cas médiatiques ayant révélé des problèmes nouveaux ou un déplacement des lignes, dont la loi entend tenir compte ; ensuite, les travaux parlementaires font, sur ces sujets, intervenir de nombreux experts, praticiens et représentants de différentes sensibilités. Les lois qui en résultent sont certes impersonnelles, « abstraites » pour reprendre la classification désormais consacrée, mais en réalité, elles sont sans doute prises en connaissance de cause des enjeux, de la complexité et de la douleur des situations individuelles qu'elle régit ; il n'est pas absurde de considérer que l'équilibre subtil qu'elles instaurent souvent (on pense par exemple à la loi Léonetti) n'a pas grand-chose d'abstrait, bien que général et impersonnel. Aussi est-on tenté de penser, avec P. Delvolvé, que l'arrêt *Gomez* revient en réalité à « substitue[r] le juge au législateur : il se met à sa place pour régler un cas particulier auquel il n'a pas pensé [...]. Mais qui dit que le législateur, s'il y avait pensé, aurait pris la même solution que celle que le juge a cru devoir adopter ? Qui dit

que la règle générale n'a pas englobé ce cas particulier ? La substitution du juge au législateur est double : il écarte la loi, il dit ce que la loi, selon lui, aurait dû dire<sup>1</sup>. »

Le raisonnement de l'arrêt *Gomez* pêche donc, selon nous, doublement : il ne démontre aucune balance entre l'intérêt de la requérante et l'intérêt général ; il ne donne pas d'indication claire pour apprécier en quoi la situation s'écarte de manière manifestement excessive d'une situation de base par essence douloureuse. L'arrêt *Gomez*, comme le jugement du tribunal administratif de Rennes qui l'a suivi, donnent plutôt l'impression de raisonnements téléologiques, guidés davantage par la compassion et le sentiment d'injustice (si ce n'est par la crainte d'une condamnation par la CEDH) que par un raisonnement juridique précis, l'affirmation de la prise en compte des objectifs poursuivis par le législateur étant davantage un habillage artificiel que le témoin d'une pesée réelle. Impression d'ailleurs confirmée par le commentaire de l'arrêt par M. Guyomar lui-même : « La cohérence juridique sait parfois, et c'est heureux, se mettre au service de l'équité. Ainsi que l'exprime le président Odent, dans son cours de contentieux administratif : "Une argumentation juridique impeccable et conforme à des solutions constamment consacrées peut, les états d'esprit et les circonstances ayant évolué, aboutir à une solution devenue choquante. Le juge s'interroge alors sur la valeur des prémisses qu'il a retenues et du raisonnement qu'il a suivi ; pour écarter un raisonnement que sa conscience ne lui permet pas d'accepter, il doit innover, modifier, le cas échéant, sa doctrine et *adapter son raisonnement juridique au but à atteindre*" [...]. La décision du 31 mai 2016 [...] *est le fruit d'une telle démarche finaliste*<sup>2</sup>. »

Or, indépendamment du bien-fondé de l'interdit éthique et de la solution de fond dégagée par ces arrêts, une telle imprécision n'est pas sans soulever quelques préoccupations.

#### *b) Insécurité juridique*

Les critiques qui précèdent ne doivent pas donner l'impression que nous n'aurions pas conscience que l'absence de précision de l'arrêt, son caractère téléologique ou le pragmatisme qui en ressort ne sont pas des nouveautés. Il n'a jamais été dans les habitudes du Conseil d'État de détailler ses motivations ni de s'enfermer dans des modes d'emploi trop prédéfinis. Même lorsqu'il se risque à créer une nouvelle règle, le juge le fait souvent de manière discrète, voire implicite. L'arrêt *Nicolo* en est un exemple typique. Le juge « ne veut pas se lier les mains par des catégories trop rigides, par des définitions trop fixes, par des formules trop définitives, se gardant toujours la possibilité ultérieure de statuer différemment si les circonstances l'exigent<sup>3</sup> ». De même, la jurisprudence du Conseil d'État regorge d'arrêts finalistes, le juge administratif n'étant pas simplement chargé d'appliquer le droit de manière purement objective mais aussi, d'une part, bien souvent, de le cons-

---

<sup>1</sup> P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité.

<sup>2</sup> M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité.

<sup>3</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 539.

truire, et d'autre part, de constamment concilier l'intérêt de l'Administration et celui des administrés. Et de fait, il existe de nombreux domaines où l'état de la jurisprudence est flou, où des décisions contradictoires sont rendues dans des situations quasi-identiques : en matière de qualification du préjudice, par exemple, la jurisprudence ne se laisse enfermer dans aucune systématisation<sup>1</sup>. Cela est notamment vrai en matière de contrôle de conventionnalité où « [le] Conseil d'État demeure souvent laconique sur les raisons qui le conduisent à rejeter le moyen de la non-conventionnalité d'une loi (hypothèse de loin la plus fréquente), et se limite même parfois à l'affirmation pure et simple de la conventionnalité de la loi dont l'applicabilité est contestée<sup>2</sup> », se dispensant parfois même de la moindre explication.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que le Conseil d'État n'ait pas donné de méthode précise pour effectuer la pesée entre les objectifs du législateur et l'ingérence au droit à la vie privée, ni de mode d'emploi pour caractériser le degré excessif de l'ingérence ; les longues circonstances que l'arrêt *Gomez* prend le temps de détailler font, à cet égard, plutôt figure d'exception par rapport aux habitudes du Conseil d'État. C'est certainement à dessein que le juge est resté dans le flou, pour permettre aux juges du fond de reproduire la solution dégagée par l'arrêt à d'autres situations, forcément différentes, mais appelant également une solution d'équité.

Pourtant, on ne peut se satisfaire en l'espèce d'une telle imprécision. De manière générale, en matière de contrôle de conventionnalité, cette tendance est à déplorer car « sont en cause l'application de droits fondamentaux et l'applicabilité même de la loi<sup>3</sup>. » *A fortiori*, en matière de contrôle de conventionnalité *in concreto*, qui permet d'écarter une loi pourtant parfaitement conventionnelle et parfaitement claire, parce que, dans tel ou tel cas particulier, le juge estime que son application a des conséquences excessives, une telle lacune est d'autant plus regrettable. Dans l'arrêt *Gomez*, le juge écarte un interdit absolu d'ordre éthique, touchant éminemment à l'ordre public, et résultant, on l'a dit, de travaux parlementaires longs, mesurés et circonstanciés. Il n'était pas déraisonnable, par conséquent, de s'attendre à une rigueur particulière, propre à empêcher que ce nouveau contrôle ne soit dévoyé. À grande audace, grande rigueur, pouvait-on espérer. Les chroniqueurs ne disent d'ailleurs pas autre chose : « si le juge se livre à un tel exercice, il doit largement expliciter son raisonnement, qui ne découle plus de la loi ou de la confrontation de normes abstraites. [...] Il doit [...] se justifier bien davan-

---

<sup>1</sup> Voir F. SÉNERS, « Préjudice », *Rép. Dalloz*, oct. 2011 (actualisation janv. 2017), n° 205-209, et la formule de Poirot-Mazères qui y est citée (n° 7), selon laquelle l'appréciation jurisprudentielle du préjudice est « modelée d'empirisme, traversée par des considérations d'opportunité, marquée tout à la fois par la volonté de respecter l'équité la plus élémentaire, le souci de protéger les deniers publics et une certaine conception de l'ordre économique, social et moral ».

<sup>2</sup> J.-P. MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA* 1999, p. 99.

<sup>3</sup> *Ibid.*

tage qu'il ne le fait dans notre tradition<sup>1</sup>. » Or, on l'a vu, l'arrêt *Gomez* donne plutôt l'impression que, si la pesée entre les objectifs de la loi et les atteintes potentielles aux droits fondamentaux qu'elle engendre a eu lieu au niveau abstrait, elle n'a pas été réellement poursuivie au niveau concret, comme si l'injustice criante perçue par les juges avait emporté toute autre considération.

Aussi l'arrêt, malgré les précautions du rapporteur public<sup>2</sup>, n'a-t-il pas manqué d'être critiqué, parfois assez vertement, pour les lacunes de son raisonnement, voire la mutation du syllogisme classique en une dangereuse casuistique<sup>3</sup>, critiques auxquelles il a notamment été répondu sur le fondement de considérations d'« humanité » et par le fait que le contrôle casuistique ne présenterait rien de nouveau et ne ferait que compléter utilement les outils du juge<sup>4</sup>.

Une telle imprécision dans le cadre d'un tel contrôle présente effectivement des risques pour la sécurité juridique.

La cohérence du système juridique dans son ensemble, tout d'abord, pâtit d'une telle imprécision. La méthode étant floue et fondée uniquement sur « certaines circonstances particulières », la même loi ne manquera pas de donner lieu à des décisions contradictoires sur le fondement de situations similaires, c'est-à-dire à créer des ruptures d'égalité devant la loi. On objectera que c'est déjà le cas dans d'autres domaines, la jurisprudence n'étant pas uniforme. Certes, mais ce n'est pas une raison pour se réjouir de ce qui est de nature à accroître le désordre et à rendre l'état du droit illisible, d'autant moins que, les juges étant invités à appliquer la méthode du con-

---

<sup>1</sup> L. DUTHELLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cité.

<sup>2</sup> « L'enjeu n'est donc pas de renoncer au raisonnement juridique au profit d'un contrôle purement casuistique, mais de trouver le moyen de traduire dans votre raisonnement juridique la nécessité d'aller plus loin en le complétant par un contrôle concret. [...] » (concl. A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Gomez*, préc.).

<sup>3</sup> Voir en part. B. HAFTEL, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », art. cité (« le Conseil d'État accueille ici le *contrôle de proportionnalité* tant vanté par les instances dirigeantes de la Cour de cassation, qui le conduit à désactiver, pour l'espèce, la loi française, sur la base casuistique de « circonstances particulières », tout sauf explicites. [...] Confrontée aux méthodes qui auraient normalement dû être mises en œuvre - les règles de conflit de lois - la pauvreté, l'imprécision et l'imprévisibilité marquant l'approche casuistique qui lui a été préférée sont ostensibles. ») ; H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », art. cité ; P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité. (« En écartant la loi "eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire", le Conseil d'État s'est comporté comme le bon juge Magnaud pour qui "le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi". Il l'a fait sous l'apparence d'une argumentation juridique. Mais celle-ci est entachée de contradictions et conduit à la confusion. ») ; ou, pour la Cour de cassation : P. CHEVALIER, « De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionnalité à la Cour de cassation ? », *Constitutions* 2014, p. 350 (« qu'elle minimise ou maximalise son contrôle de conventionnalité, la Cour de cassation entre de plus en plus dans une casuistique ce qui ne va pas de soi »). En sens inverse : F. ROUVIÈRE, « Apologie de la casuistique juridique », *Rec. Dalloz* 2017, p. 118.

<sup>4</sup> M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité.



trôle de conventionnalité à double étage à toute loi (sous réserve, sans doute, de moyens en ce sens, mais nous ne doutons pas que les avocats se saisiront bientôt de cet outil puissant), c'est l'ensemble du droit qui, selon les plus pessimistes, risque d'être pulvérisé en « un réseau de droits subjectifs<sup>1</sup> ». Comme le rappelle le Pr. Haftel, « même si l'on est favorable à une dose de souplesse judiciaire dans l'application de la loi, il reste que, dans l'évolution historique du droit, la règle est une progression, un raffinement, par rapport à la casuistique judiciaire qui est la marque des systèmes primitifs<sup>2</sup>. »

C'est également l'Administration qui risque de se trouver dans des situations délicates du fait de ce nouveau contrôle à double étage. Derrière l'injonction faite au juge d'apprécier concrètement si l'application de la loi n'entraîne pas une ingérence excessive point une injonction implicite faite à l'Administration de passer elle-même au double crible les lois qu'elle est censée exécuter, y compris lorsqu'elle se trouve en situation de compétence liée. « Il lui faut désormais, face à chaque situation particulière, s'interroger sur l'obligation qu'elle aurait de ne pas appliquer une loi conventionnelle, lorsque cette application porterait une atteinte disproportionnée à un droit protégé par un traité », confirment les chroniqueurs autorisés<sup>3</sup>. C'est évidemment une remise en cause du principe aussi ancien que fondamental de « subordination de l'administration au gouvernement et aux autorités politiques, qui interdit aux fonctionnaires et agents publics de s'affranchir de la règle de droit<sup>4</sup> ». Même à supposer que les administrateurs soient autorisés à déroger ainsi de leur propre initiative à la loi, dans la situation ayant donné lieu à l'arrêt *Gomez* comme dans d'autres, le caractère excessif de l'ingérence sera sans aucun doute très délicat à déterminer, augmentant d'autant les risques d'application diffractée d'une même norme. On peut cependant supposer que les administrateurs, empreints du principe de hiérarchie et protégés par le mécanisme de la faute de service, resteront réticents à déroger à la loi, quitte à ce que leurs décisions fassent l'objet d'un recours. Au titre de l'insécurité juridique engendrée pour l'Administration, notons enfin que l'on pourrait même imaginer que, dans des situations où l'atteinte supposément excessive au droit d'un administré serait devenue irrémédiable et où le référé ne serait donc plus d'aucun recours, le requérant engage la responsabilité de l'État pour avoir appliqué la loi (*in abstracto* convention-

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 121.

<sup>2</sup> B. HAFTEL, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », art. cité.

<sup>3</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », art. cité. Voir aussi, en ce sens, M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité : « l'administration [...] ne peut jamais, y compris dans les hypothèses où la loi ne lui laisse pas de véritable marge d'appréciation, se dispenser, avant de prendre une décision, d'un examen particulier des circonstances de l'espèce. La sécurité juridique n'implique pas une mise en œuvre mécanique de la loi. »

<sup>4</sup> O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, p. 216.

nelle) alors que, selon lui, son application portait concrètement une atteinte excessive à son droit<sup>1</sup>.

Pour les juges du fond, enfin, la généralisation du contrôle de conventionnalité à double détente sera certainement source d'inextricables dilemmes, et, pour les justiciables, d'un développement hétérogène de la jurisprudence. Comme le Conseil d'État en est sans doute tout à fait conscient, il a pris le risque, en généralisant le contrôle de conventionnalité à double détente et en n'encadrant pas clairement la méthode qui doit le régir, d'aboutir à une jurisprudence atomisée. Pour tel individu, dans telle situation, la loi aura tel effet, qui ne sera pas le même que pour tel autre. En cas de développement incontrôlé, le Conseil d'État pourrait vouloir encadrer les audaces des juges du fond par la technique classique du contrôle de la qualification juridique des circonstances conduisant à reconnaître une atteinte excessive. Mais compte tenu du fait que ce double contrôle sera sans doute majoritairement utilisé dans le cadre de procédures de référé, les chances d'un appel seront d'autant diminuées, les jugements de référé épuisant souvent leurs effets au moment où sont prononcés ou dans de très brefs délais. Le jugement du tribunal administratif de Rennes, par exemple, n'a, à notre connaissance, pas fait l'objet d'un appel de la part du CHU de Rennes. Telle Frankenstein, il est donc possible que la mutation du contrôle de conventionnalité échappe à son créateur, le Conseil d'État. Ce risque d'atomisation ne se limite évidemment pas au seul domaine de l'insémination *post mortem* ; les requérants ou leurs conseils auront le loisir, qu'ils ne boudront certainement pas, de demander l'application du contrôle abstrait et concret dans tout autre domaine où ils pourront invoquer un droit fondamental – c'est-à-dire dans un nombre de cas infinis.

Pour autant, il serait à ce stade exagéré de dramatiser à outrance les risques que comporte l'arrêt *Gomez*. Le contrôle de conventionnalité à double détente est certainement promis à un bel avenir, mais rien ne permet de croire que les juges acceptent majoritairement d'écarter la loi, même *in concreto*, qu'ils ne seront pas capables de distinguer les cas d'invocation relevant de la pure stratégie contentieuse et que les intérêts individuels, donc, l'emporteront systématiquement sur les intérêts généraux qui fondent la loi<sup>2</sup>. Il est tout à fait possible que le contrôle de conventionnalité à double détente soit « le type même de jurisprudence à haute valeur symbolique mais à

---

<sup>1</sup> Rien ne garantit, cependant, que le Conseil d'État serait prêt à étendre sur le terrain de l'indemnisation la nouveauté de l'arrêt *Gomez*. Voir, sur un sujet proche, l'arrêt du 23 juill. 2014 (n° 354365, *Sté d'éditions et de protection route*, *Rec. CE* 2014, p. 238) par lequel le Conseil d'État a refusé d'admettre l'indemnisation du préjudice qui était allégué sur le fondement de sa jurisprudence sur la non-rétroactivité des règles prétoriennes.

<sup>2</sup> Voir, pour deux arrêts de rejet : en matière d'insémination *post mortem*, TA Toulouse, Ch. 5, 13 oct. 2016, n° 1405903 : *JurisData* n° 2016-022789 ; et en matière de droit au respect de la vie privée en prison, CE, ord., 28 juill. 2016, n° 401800, *Salah Abdeslam*, inédit : *JurisData* n° 2016-014841 ; *JCP A* 2016, act. 691. Voir aussi, en matière judiciaire, plusieurs décisions de rejet en matière d'action en recherche de paternité : du 9 nov. 2016 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 nov. 2016, n° 15-25.068), du 6 juill. 2016 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juill. 2016, n° 15-19.853) et du 5 oct. 2016 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 oct. 2016, n° 15-25.507) (voir V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G* 2017, n° 3, p. 77).

faible portée pratique<sup>1</sup> » ou, pour reprendre l'expression de René Chapus à propos de la responsabilité de l'État législateur, un « produit de luxe », c'est-à-dire dont « on ne [se] sert pas tous les jours<sup>2</sup> ». Que ce soient les cassandres prédisant le délitement de la société<sup>3</sup>, ceux confiants en la sagesse des juges<sup>4</sup> et les thuriféraires des droits fondamentaux<sup>5</sup>, nul ne peut savoir à ce stade quelle sera la portée exacte de l'arrêt *Gomez* ni juger avec assez de recul si le Conseil d'État a eu raison d'ouvrir cette nouvelle possibilité. Cependant, quel que soit le développement de la jurisprudence *Gomez*, son principe même invite à s'interroger sur le rôle du juge, la substance de son office et sa légitimité à contrevenir à la loi.

## 2. Interrogations sur l'office et la légitimité du juge

Les pouvoirs nouveaux que le Conseil d'État a, de sa propre initiative, attribués au juge administratif et la manière dont il a rendu la justice dans le cadre de l'arrêt *Gomez* invitent à quelques réflexions finales sur l'office du juge administratif en matière de justice (a)) et sur sa légitimité (b)).

### a) La justice est-elle une thérapie ?

Même si le secret du délibéré ramène inévitablement toute tentative d'analyse des motivations profondes du Conseil d'État à de la spéculation, il est permis de s'essayer à l'exercice en essayant de comprendre comment, dans le cas précis de l'arrêt *Gomez*, le Conseil d'État a considéré son propre office. L'impression qui ressort assez clairement, outre l'influence des jurisprudences judiciaire et européenne et le désir d'éviter une condamnation, est que les juges, saisis de compassion devant la situation dramatique de la requérante, ont voulu éviter « d'ajouter la dureté de la règle à la cruauté du destin »<sup>6</sup> et ont donc choisi de faire droit à sa demande. Ce sentiment ressort notamment, outre quelques informations informelles, des conclusions, qui enjoignent à la formation de jugement de trouver un moyen d'ouvrir droit à l'inconventionnalité *in concreto*, en lui disant qu'elle a le choix entre plusieurs options mais ne peut pas « faire le choix de [se] désarmer<sup>7</sup> », et du

---

<sup>1</sup> B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 171.

<sup>2</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2008, t. 1, p. 1380, § 1518.

<sup>3</sup> Voir par ex. J. HAUSER, « Procréation médicalement assistée *post mortem* : le début du délitement ? », art. cité.

<sup>4</sup> Voir par ex. G. EVEILLARD, « Chronique de droit administratif », *JCP G* n° 50, déc. 2016, doct. 1367.

<sup>5</sup> Voir par ex. P. LE MAIGAT, « La vie... au-delà de la mort ou l'insémination *post mortem* à nouveau en question », *Gaz. Pal.* 19 juill. 2016, n° 27, p. 16 et « Insémination *post mortem* : vers la confirmation d'un changement de paradigme de la jurisprudence administrative ? », *Gaz. Pal.*, n° 39, 8 nov. 2016, p. 20.

<sup>6</sup> H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », art. cité.

<sup>7</sup> Le rapporteur public fait toutefois la part des choses entre « [la] cruauté de la situation dans laquelle se trouve la requérante [qui] tient au premier chef au décès de son mari, sur lequel [le juge n'a] pas de prise », et l'office du juge, qui « se situe en aval ».

commentaire de M. Guyomar sur l'arrêt<sup>1</sup>, qui souligne l'humanité et l'équité de la décision et se recommande du président Odent, pour qui « [une] argumentation juridique impeccable et conforme à des solutions constamment consacrées peut, les états d'esprit et les circonstances ayant évolué, aboutir à une solution devenue choquante. Le juge s'interroge alors sur la valeur des prémisses qu'il a retenues et du raisonnement qu'il a suivi ; pour écarter un raisonnement que sa conscience ne lui permet pas d'accepter, il doit innover, modifier, le cas échéant, sa doctrine et adapter son raisonnement juridique au but à atteindre ». Si notre interprétation est exacte, le Conseil d'État a estimé qu'il fallait, devant l'« iniquité » de la situation, « rendre la justice », ce qui signifiait – ce qui a significé, en tous cas – faire droit à la demande de la requérante, le droit n'étant pas fait pour ajouter du malheur au malheur. La même impression se dégage du jugement rendu par le tribunal administratif de Rennes.

Ce choix n'a pas manqué d'être critiqué pour être en fait une décision d'équité<sup>2</sup>. En réalité, cette question n'a rien de nouveau : elle se posait exactement dans les mêmes termes à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (« La justice s'honore quand, en présence d'un malheur [...] elle consulte moins les règles trop absolues du droit strict que la voix ordinairement plus équitable et autorisée de l'humanité<sup>3</sup> »), ou, si l'on remonte encore plus loin, sous l'Ancien Régime, et ressurgit régulièrement, tel un serpent de mer. Mais elle semble renouvelée par la protection croissante des droits fondamentaux sous l'égide de la Convention européenne des droits de l'homme, et par l'assimilation interne des méthodes de la CEDH, avant tout centrée sur les atteintes aux droits individuels, notamment par le biais du contrôle de conventionnalité *in concreto*.

L'arrêt *Gomez* renouvelle ainsi la discussion sur le sens de la justice – vaste débat s'il en est – en apportant quelques indications supplémentaires sur la manière dont les juges du Palais Royal eux-mêmes conçoivent aujourd'hui ce que signifie « rendre la justice ».

Premièrement, le Conseil d'État apparaît de plus en plus décomplexé face à la loi, de plus en plus « libre du choix de ses sources<sup>4</sup> », et comme habitué de l'idée que son office ne consiste pas seulement à assurer le respect de la loi mais aussi, et parfois surtout, à trancher des litiges. Il renoue ainsi avec ses origines, puisque la Constitution de l'an VIII l'avait précisément chargé « de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »

---

<sup>1</sup> M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité.

<sup>2</sup> Voir P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité : « On comprend la compassion qui a animé le Conseil d'État devant la situation particulière dont il était saisi et qui l'a conduit à une solution qui, sous un habillage, relève de l'équité. Mais le droit ne se règle pas sur les émotions ni sur les sentiments. Ses solutions ne peuvent être fondées sur l'équité. Car « l'équité est une notion très subjective », et J.-H. STAHL, « Égalité, équité », *Droit Administratif* n° 7, juill. 2016, repère 7.

<sup>3</sup> CA Nancy, 9 déc. 1876, *DP* 1879, 2, p. 47 (cité par P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité).

<sup>4</sup> P.-Y. GAUTIER, « Vers un bouleversement radical des sources du droit, ou comment loi et Cour de cassation se voient conjointement désavouées par le juge du fond », art. cité.

(art. 52). Cette conception n'est pas sans soulever certaines interrogations, puisque le respect du droit objectif est le liant indispensable pour que la résolution des litiges individuels ne conduise pas à une diffraction du droit, à une atomisation en une multitude de normes individuelles correspondant à la diversité des situations, où « la règle est remplacée par le cas<sup>1</sup> ». Certes, dans la grande majorité des cas, le juge administratif continue d'appliquer la loi sans oser s'en écarter ; en outre, le Conseil d'État a rappelé récemment que, s'il ne peut pas faire de déni de justice, il n'est pas non plus habilité à juger en dehors de tout litige<sup>2</sup> : c'est toujours une légitimité fonctionnelle, la saisine sur la base de litiges précis, qui justifie ses pouvoirs. Le « gouvernement des juges » reste donc, pour une large part, un fantasme.

L'arrêt *Gomez*, ensuite, ouvre la voie à une justice à plusieurs vitesses. Affirmer « rendre la justice » en faisant droit à une revendication non reconnue en l'état actuel du droit revient, en effet, à définir la justice par rapport à la volonté de la personne ayant émis cette revendication, à son projet personnel, et non par rapport à la norme communément acceptée, c'est-à-dire à considérer que ce qui est juste pour la majorité des individus ne l'est pas pour telle ou telle personne.

L'arrêt *Gomez* donne aussi à voir une conception de la justice dans laquelle le juge entreprend davantage de remédier aux coups du sort qu'aux atteintes de l'Administration, comme s'il pouvait, à l'occasion, se faire le protecteur prééminent des droits et libertés non plus « contre l'arbitraire du Prince<sup>3</sup> », mais contre l'arbitraire du sort. Cela apparaît clairement dans la longue énumération de tout l'ensemble de circonstances de fait, certes dramatiques, mais qui n'ont rien à voir avec une quelconque action de l'Administration. Certes, l'atteinte à la demande de réaliser une insémination *post mortem* a été cristallisée par le refus de l'AP-HP de procéder à l'exportation des gamètes, mais la situation de fond était totalement indépendante d'une quelconque action des pouvoirs publics, contrairement à des configurations comme *La Fleurette* ou *Bitouzet* où le préjudice des requérants résultait directement d'une mesure prise par l'Administration ; cela a d'ailleurs été bien souligné par le rapporteur public à la fin de ses conclusions. Sans aucunement dénier le caractère tragique de la situation de la requérante ni l'humanité des juges, on peut toutefois se demander si la justice, et notamment la justice administrative, a pour objet de remédier à l'injustice du sort, fondamentalement différente de l'injustice du Pouvoir.

Cette question se pose tout particulièrement lorsque le remède réclame une solution contraire à l'état actuel de la législation. En ce sens, l'arrêt *Gomez* ajoute également de l'eau au débat sur l'illégitime et le légitime et sur le pouvoir du juge de transformer l'un en l'autre. En matière de responsabilité administrative, l'on sait que dans certaines situations, notamment les situations précaires ou illégitimes, le juge refuse de faire droit à la demande d'indemnisation du requérant en considérant que la précarité ou

---

<sup>1</sup> P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », art. cité.

<sup>2</sup> CE, ss-sect., 22 janv. 2013, n° 350990, *Confédération générale des cadres*.

<sup>3</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », art. cité.

l'illégitimité de sa situation annihile l'existence même d'un préjudice : cela montre bien que dans ces situations, le juge établit une distinction entre le dommage subi par le requérant, réel et indéniable, et sa traduction (en l'occurrence inexistante) en un préjudice au sens juridique (c'est-à-dire « l'atteinte portée par le [dommage] aux intérêts légitimes de la victime<sup>1</sup> ». Qu'on nous entende bien : dans l'affaire *Gomez*, il n'est évidemment pas question de jeter la pierre à la requérante ni de juger que sa demande était moralement illégitime simplement parce qu'elle n'était pas reconnue par le droit. Le va-et-vient constant entre les créations prétoriennes et la législation, celle-ci reprenant souvent les solutions dégagées par celles-là<sup>2</sup>, et, de manière générale, l'évolution des conceptions sociales que le juge et le législateur s'efforcent continuellement de refléter, montrent assez que le droit n'est pas figé et qu'une situation considérée comme moralement illégitime peut, en l'espace de quelques décennies, devenir parfaitement normale et majoritairement acceptée par le corps social<sup>3</sup>. Le droit est toujours « en équilibre », il « n'est que circulation. S'il se fige à l'excès, [...] il perd sa raison d'être qui est d'accompagner le mouvement social, l'encadrer souvent, le précéder parfois<sup>4</sup> » ; or nul ne peut dire qui, du juge, du législateur ou du corps social lui-même, est le mieux placé pour sentir avec justesse les évolutions majoritaires de la société ; le juste milieu se trouve certainement dans un dialogue constant. Aussi, comme A. Bretonneau dans ses conclusions, inscrivons-nous les présentes réflexions dans une modestie sincère ; mais, l'insémination *post mortem* étant à ce jour toujours dans une zone grise, il est du moins permis d'en discuter. Comme le dit le philosophe

---

<sup>1</sup> F. SÉNERS, « Préjudice », *Rép. Dalloz*, oct. 2011 (actualisation janv. 2017), n° 3.

<sup>2</sup> Voir, parmi de nombreux exemples où le législateur a confirmé une solution prétorienne, la création de la carte « vie privée familiale » pour les étrangers en 1998, à la suite de nombreux arrêts ayant statué en la matière, le législateur endossant dans la loi la clause de sauvegarde que les juges avaient dégagée à de nombreuses reprises de manière prétorienne ; ou encore la modification législative qui a suivi de quelques jours la reconnaissance par l'arrêt précité de 1984 (*Ministre des PTT c. Ehrardt*) d'une responsabilité de l'État en matière de service public postal (art. 2 de la loi n° 84-939 du 23 oct. 1984 relative au service public des télécommunications ; voir J.-P. DUBOIS, « Responsabilité pour faute », *Rép. Dalloz*, sept. 2014 (actualisation oct. 2016), n° 192 *sqq.*). Et pour un exemple de démenti législatif : la décision *Élections municipales de Bassens* (CE, 2 oct. 1996, *Rec. CE* p. 365), dans laquelle le Conseil d'État avait jugé que la diffusion d'une plaquette vantant les réalisations et la gestion d'une commune pouvait constituer une campagne de promotion publicitaire au sens de l'art L. 52-1 du code électoral alors même qu'elle n'était pas financée par la commune mais par des participations individuelles des élus sortants et de leurs sympathisants ; solution que le législateur est venu démentir en insérant à l'art L. 52-1 du code électoral une disposition interprétative selon laquelle « l'interdiction ne s'applique pas à la présentation, par un candidat ou pour son compte, dans le cadre de l'organisation de sa campagne, du bilan de la gestion des mandats qu'il détient ou qu'il a détenus » (cité par M. GUYOMAR, « Un droit en équilibre », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 533).

<sup>3</sup> Un exemple typique étant le concubinage, qui donnait lieu traditionnellement à un refus d'indemnisation du préjudice par ricochet en cas de décès du concubin, avant que le juge ne vienne reconnaître l'existence de ce préjudice, à condition que la liaison ait présenté un caractère « suffisamment stable et continu » (CE, sect., 3 mars 1978, *Mme Muësser*, *Rec. CE* p. 116) ; les mœurs ayant évolué, cette question fait presque sourire aujourd'hui.

<sup>4</sup> M. GUYOMAR, « Un droit en équilibre », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 533.

Claude Lefort, la démocratie est le système où le débat entre le légitime et l'illégitime est en constant renouvellement, est toujours à reformuler<sup>1</sup>. Le Conseil d'État, lui, ne se contente pas de discuter ou de reformuler, il juge et transforme l'état du droit, ce qui est son privilège le plus strict. Mais il importe de bien identifier ce pouvoir, d'autant plus que la question de la légitimité du juge se pose de manière renouvelée.

*b) Le juge est-il légitime à écarter la loi conventionnelle ?*

L'arrêt *Gomez* invite aussi à questionner la légitimité du juge à écarter la loi conventionnelle *in abstracto* qu'il considère inconventionnelle *in concreto*, notamment, on vient de le voir, lorsqu'est en jeu une frontière indéfinie entre le non-droit et le droit, entre l'illégitime et le légitime, entre l'injustice du sort et l'injustice du Pouvoir. Là encore, le sujet n'est pas nouveau. La question de la place accordée au juge dans un système démocratique est un débat en constant renouvellement, notamment depuis quelques années, sous l'effet des critiques sur le « gouvernement des juges ». Le procès en illégitimité, d'ailleurs, n'affecte pas le seul juge : il touche aussi les experts appelés à éclairer la décision du juge, le législateur auquel on reproche de ne pas se saisir des questions de société à la place du juge, et même le peuple qui donnerait trop son avis ou au contraire ne se saisirait pas assez des questions qui le concernent. Dans des affaires délicates comme l'affaire *Gomez*, il est certain que le juge fait de son mieux pour adopter la meilleure solution et qu'il agit avec conscience, probité et indépendance.

Cela étant dit, l'arrêt *Gomez* ajoute de l'eau au moulin de ce débat car on y voit le juge augmenter de sa propre initiative le périmètre au sein duquel il substitue sa propre interprétation à celle du législateur. Le pouvoir créateur du juge n'est pas un secret : on sait depuis longtemps que le juge n'est pas la simple « bouche de la loi » que concevait Montesquieu. Mais l'arrêt *Gomez* fait encore franchir une étape supplémentaire, et non des moindres, à ce pouvoir normateur, puisqu'il permet au juge d'écarter de lui-même (s'il est saisi de moyens en ce sens) une loi parfaitement conventionnelle dont il estime que l'application porte une atteinte excessive à un droit fondamental. De fait, le Conseil d'État a ainsi étendu de manière potentiellement considérable (même si seul l'avenir dira la portée réelle de ce nouveau principe) le périmètre dans lequel il substitue sa propre appréciation à celle du législateur.

Devant une telle extension, plusieurs attitudes sont possibles. On peut, de manière purement descriptive, constater que le Conseil d'État a, de fait, étendu sa sphère de pouvoir, mais qu'il n'y a qu'à en prendre acte, puisqu'il est un interprète authentique, selon la formule de Michel Troper. Dans la mesure où il n'y a pas en France de procédure de conflit entre les différents organes constitués ni d'annulation possible d'une décision de justice que

---

<sup>1</sup> C. LEFORT, *Essais sur la politique, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Paris, 1986, Seuil, coll. « Esprit » : la démocratie est « un régime fondé sur la légitimité d'un débat sur le légitime et l'illégitime ».

l'on estimerait illicite au regard d'un ordre juridique supérieur<sup>1</sup>, et que le Parlement, du reste, n'a pas émis la moindre protestation contre la décision *Gomez*, il n'y a qu'à prendre acte de ce nouveau pouvoir. On peut d'ailleurs considérer qu'il n'y a pas, en France, de conception unique et objective de la séparation des pouvoirs, que celle-ci est donc mouvante, que l'arrêt *Gomez* manifeste un tel déplacement des lignes et qu'il n'y a pas lieu de s'en émouvoir.

On peut aussi, quittant la pure constatation et adhérant au discours de justification du Conseil d'État tenant à la protection toujours croissante des droits fondamentaux, se féliciter d'une telle modification, de l'augmentation de ce « droit de contrôle sur la législation et l'administration, [en ayant] la profonde conviction que les droits des individus ne peuvent être protégés que par la branche judiciaire du gouvernement<sup>2</sup> », ce qui, historiquement, a effectivement globalement été le cas. En 1910, Hauriou préconisait ainsi, pour remédier au problème de l'autolimitation du pouvoir législatif, que le juge soit chargé de contenir le législateur, anticipant le contrôle de constitutionnalité des lois ; le doyen de Toulouse percevait le risque qu'il y avait à augmenter ainsi les pouvoirs du juge mais restait confiant dans ses vertus propres : « Il est vrai que si le juge est souverain, c'est lui à son tour qui peut devenir dangereux, *custodes ipsos quis custodiet ?* Mais les équilibres de pouvoir ont l'avantage de constituer un circuit fermé. Le législateur bride l'administration, le juge bride le législateur, rien n'empêche que le juge en soit à son tour bridé ; c'est affaire d'organisation et de pondération. De plus, le juge autonome est de tous les fonctionnaires, celui qui se pénètre le plus des devoirs de sa fonction ; la fonction de justice, la plus ancienne en date, reste la première de toutes par sa vertu professionnelle. Cela tient à la pratique constante de l'acte de juger qui est l'acte scrupuleux par excellence<sup>3</sup>. »

On peut enfin, au contraire, émettre quelques réserves sur cette création par le juge, de sa propre initiative, d'un pouvoir de juger *contra legem*. Dans des circonstances très particulières comme celles des arrêts *Heyriès* ou *Dame Lamotte*, ou dans le silence de la loi, il y a peu à redire à ce pouvoir. Mais dans tous les autres cas, sa légitimité est plus problématique. En effet, en vertu de quelle habilitation le juge exerce-t-il ce pouvoir ? en vertu d'une pure création prétorienne. Au nom de quoi l'application de la loi est-elle écartée ? au nom de droits parfois très flous. Avec quels outils le juge écarte-t-il la loi ? avec sa propre perspicacité, son propre discernement, ce qui, quelle que soit la vertu des juges, n'a jamais été une garantie de quoi que ce soit. Avec quel contre-pouvoir ? toutes les fois que la décision ne donnera pas lieu à un appel, aucun.

### *i. Subjectivité*

D'abord, le contrôle de conventionnalité *in concreto* démultiplie les risques de subjectivité du juge. Bien sûr, même si le droit est réputé neutre,

---

<sup>1</sup> À l'exception près de la violation du droit de l'Union, mais il s'agit alors de réparation et non d'annulation (CE, 18 juin 2008, n° 295831, *Gestas*, *Rec. CE* p. 230).

<sup>2</sup> H. Kelsen, *Théorie du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 329.

<sup>3</sup> M. Hauriou, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 75-76.



il est toujours soutenu, même en cas de contrôle objectif, par des projets idéologiques, sociétaux ou politiques plus ou moins conscients, par les représentations que se font les juges de la société et de ses acteurs<sup>1</sup>. La subjectivité est inévitable : le juge, aussi vertueux soit-il, n'est pas, ne peut pas être, parfaitement impartial et objectif ; sa décision dépendra toujours en partie, souvent inconsciemment, de ses opinions, de son histoire, de son ressenti, de son caractère. Dans l'arrêt *Gomez*, par exemple, sous l'apparence technique du raisonnement, on perçoit ainsi une représentation de la société et de la justice (qui n'était sans doute pas celle de l'ensemble de l'assemblée du contentieux mais l'a emporté en majorité) teintée de méfiance envers les dispositifs prétendant régler le sort des personnes « en entendant, au nom du principe de bienveillance, faire leur bien malgré elles<sup>2</sup> », dans laquelle le droit à l'autonomie justifie que l'on écarte une norme générale, et selon laquelle, au cas d'espèce, la revendication de la requérante a sans doute été considérée, bien que contraire à l'ordre public français, comme « ne faisant de mal à personne ».

Mais si la subjectivité est inévitable, il n'est pas souhaitable que le nombre de situations où elle peut s'exprimer sans encadrement soient augmentées, ce qui nous semble précisément être le risque de la généralisation du contrôle de conventionnalité à double détente, dans laquelle le juge est invité à apprécier une situation simplement sur la base de circonstances et à l'aune de droits flous.

À écouter le discours officiel du Conseil d'État, l'augmentation des pouvoirs du juge serait garantie par sa capacité de discernement, de perspicacité : dans son cours des années 1970, Raymond Odent était conscient de la nécessité de donner de tels gages, quand il énonçait qu' « [en] définitive la valeur [des] conciliations [opérées par le juge] dépend de la perspicacité et de la sagesse des juges<sup>3</sup> ». Aujourd'hui, le « *self-restraint* » a remplacé la sagesse et la perspicacité, mais l'idée est exactement la même. Pourtant, l'histoire a suffisamment montré que le discernement autoproclamé n'était aucunement un gage de mesure ni d'objectivité et que le contre-pouvoir et l'encadrement par des règles objectives étaient des moyens plus sûrs de parvenir à ces fins. Or, précisément, le juge est l'organe constitutionnel qui n'a pas de contre-pouvoir ; c'est lui qui, historiquement, constitue le contre-pouvoir du législateur et de l'administrateur ; étant, dans l'esprit des constituants de la Révolution, censé appliquer la loi purement et simplement, il n'a pas été doté de contre-poids. Sans exagérer le danger à outrance, il n'y a donc pas lieu d'être rassuré par de telles déclarations. Dieu nous garde de l'équité des Parlements, disait-on sous l'Ancien Régime.

Pour étayer notre propos et répliquer à ceux qui répondraient que l'on crie au loup, on proposera de consulter les travaux réalisés récemment par plusieurs *start-up* ayant profité de la mise à disposition par l'État des données publiques (phénomène d'*open-data*), notamment des décisions de jus-

---

<sup>1</sup> Voir C. JAMIN et M. XIFARAS, « De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement », *R.I.E.J.* 2014, p. 72.

<sup>2</sup> Avant-dernier paragraphe des conclusions d'A. Bretonneau sur l'arrêt *Gomez*, préc.

<sup>3</sup> R. ODENT, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 49.

tice anonymisées, pour établir, de manière purement scientifique, des analyses précises des décisions contentieuses, cour par cour, magistrat par magistrat, et, sur cette base, pour prédire (*modulo* la marge d'erreur statistique) les décisions rendues par telle ou telle juridiction (l'expression consacrée est celle de « justice prédictive »)<sup>1</sup>. Pour prendre un exemple, l'une de ces sociétés a par exemple montré que selon qu'une cause est plaidée à Rennes ou à Versailles, les chances de voir un licenciement considéré comme sans causes réelles et sérieuses pour des faits d'ivresse sont respectivement de 35% et de 12%<sup>2</sup>. Or une autre de ces sociétés, Supra Legem, a établi des résultats particulièrement intéressants parce qu'ils concernent le droit des étrangers, c'est-à-dire une matière dans laquelle l'état du droit a été rendu très incertain par l'application de méthodes de jugement *in concreto* au contrôle de conventionnalité. À partir de plus de dix-huit mille arrêts de cours administratives d'appel (rendus entre 2012 et 2015), la société a ainsi produit un rapport montrant d'importantes variations entre magistrats (jusqu'à 40%) dans le traitement des contentieux en matière d'éloignement des étrangers, notamment sur la base de moyens liés au regroupement familial, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>. Cet exemple montre qu'au-delà du problème structurel propre à tout système juridictionnel, il est à craindre que l'augmentation de la marge d'appréciation du juge, notamment par son pouvoir d'écarter la loi en fonction de circonstances de fait indéterminées, accentue fortement les disparités dans l'application de la loi.

## *ii. Légitimité*

Au-delà de ce seul problème de subjectivité, même si, par extraordinaire, le juge était soustrait à tout risque de la sorte dans le cadre du contrôle de conventionnalité *in concreto*, se poserait malgré tout la question de sa légitimité.

---

<sup>1</sup> Comme d'autres innovations « disruptives », ces études suscitent l'inquiétude et les critiques des juges et des avocats, qui pointent le risque de performativité et donc d'uniformisation des pratiques au détriment des particularités de chaque cas d'espèce, et le risque de pression sur les magistrats. Mises à part les réactions corporatistes, ces critiques paraissent assez justifiées. Mais ces études mathématico-juridiques ont au moins le mérite de montrer clairement que le juge, aussi vertueux soit-il, n'est jamais parfaitement impartial et objectif. Cela peut paraître une évidence mais les réactions passionnées montrent que tant que cette évidence n'était pas scientifiquement prouvée, l'on pouvait encore croire – ou faire croire – au mythe du juge parfaitement impartial. On notera d'ailleurs que ces nouvelles méthodes de « justice prédictive » font l'objet de l'attention aussi bien des plus hautes instances juridictionnelles (voir <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/0211878434777-quand-les-algorithmes-entrent-dans-les-pretoires-2074202.php>) que du Parlement :

[https://www.senat.fr/commission/loi/mission\\_dinformation\\_sur\\_le\\_redressement\\_de\\_la\\_justice/auditions.html#c630165](https://www.senat.fr/commission/loi/mission_dinformation_sur_le_redressement_de_la_justice/auditions.html#c630165).

<sup>2</sup> [http://www.liberation.fr/france/2017/02/23/justice-predictive-l-augure-des-procedures\\_1550628\\_](http://www.liberation.fr/france/2017/02/23/justice-predictive-l-augure-des-procedures_1550628_)

<sup>3</sup> <https://medium.com/@supralegem/l-impartialite-de-certains-juges-mise-a-mal-par-l-intelligence-artificielle-ee089170ddd3>

On l'a dit, c'est de sa propre initiative, par une pure création prétorienne, que le Conseil d'État a décidé d'adopter la mutation du contrôle de conventionnalité qui consiste à y inclure le contrôle *in concreto* des effets d'une loi conventionnelle et à systématiser ce contrôle. Si le juge n'en est pas à sa première audace en matière d'augmentation de ses pouvoirs, celle-ci semble d'un genre nouveau. Elle ne se contente pas, en effet, de déployer les potentialités du contrôle du juge au sein d'un office existant ; elle augmente véritablement le périmètre jusque-là très restreint où le juge s'autorisait à substituer sa propre appréciation à celle du législateur. Or il est gênant qu'un tel empiètement se réalise en dehors de toute habilitation constitutionnelle, au contraire de l'admission par le Conseil d'État du contrôle de conventionnalité lui-même, qui ne fut rendue possible que par l'invitation expresse du Conseil constitutionnel dans sa décision *IVG* (et encore fallut-il plusieurs années pour que le Conseil d'État se décide à s'en saisir). Cette prudence était conforme aux préconisations de Kelsen, pour qui le principe de la hiérarchie des normes imposait que ce fût à la Constitution, norme suprême de l'ordre juridique, qu'il revînt d'autoriser, d'habiliter, aussi bien l'organe législatif à agir en créant des normes générales que l'organe judiciaire à exécuter les lois écrites. Pour Kelsen, un organe d'État, par exemple un tribunal, ne peut en principe « faire que ce à quoi il est autorisé par l'ordre juridique » ; s'il agit en dehors du champ de son habilitation, « [s]on acte est illicite pour la simple raison qu'il ne s'appuie pas sur une autorisation juridique<sup>1</sup>. »

Certes, on ne saurait ignorer les enjeux de pouvoir entre les différents organes qui, même dans les démocraties les plus patinées, demeurent toujours sous-jacents. Hauriou en était déjà conscient en 1910 lorsqu'il remarquait « que, malgré la différenciation réelle des fonctions, cette organisation continue de s'appeler une séparation des pouvoirs et que chacun des organes différenciés, au lieu d'être dénommé organe, continue lui aussi de s'appeler un pouvoir. On dit le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, plutôt que l'organe législatif, l'organe exécutif, l'organe judiciaire. Bien plus, la raison d'être du droit constitutionnel est que ces pouvoirs séparés ont entre eux, en effet, des relations de pouvoir autant que des relations de fonction et que, tout en accomplissant sa fonction, chacun d'eux lutte non seulement pour son indépendance, mais pour la souveraineté, c'est-à-dire pour le pouvoir suprême. Et ainsi, le droit constitutionnel est constamment à la recherche d'un double idéal, un équilibre entre les fonctions, mais aussi un équilibre entre les pouvoirs<sup>2</sup>. »

Mais au-delà même de l'équilibre des pouvoirs, l'augmentation du pouvoir du juge au-delà de ses limites traditionnelles, sans contrôle, sans représentativité, sans flux direct de légitimité, pose tout de même un problème démocratique. Comme Jean-Marie Denquin l'a rappelé dans un essai consa-

---

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Théorie du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 312 *sqq.* Voir aussi D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ? », *RFDA* 2003, p. 876, pour qui une modification des lignes des contrôles respectifs entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État devait passer non par un abandon de jurisprudence mais par une intervention du constituant.

<sup>2</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*

cré à la V<sup>e</sup> République<sup>1</sup>, un gouvernement démocratique n'est pas seulement un bon gouvernement, produisant des actions efficaces pour le développement de la population, mais aussi, de manière plus fondamentale, un gouvernement légitime par son origine, les peuples préférant en général le second au premier. La crise actuelle de la démocratie s'expliquerait par l'importance croissante prise par la justice constitutionnelle, prétendant absorber l'idée de gouvernement légitime dans celle de bon gouvernement (« réduit à la seule dimension de conformité aux normes juridiques<sup>2</sup> »), et par le processus de construction européenne, produisant « des normes issues de compromis entre des intérêts divergents, élaborés par des autorités sur lesquelles ne s'exerce aucun contrôle démocratique et appliqués par des juges souverains<sup>3</sup> ». Si cette analyse est exacte, le contrôle de conventionnalité exercé par le Conseil d'État, la manière dont ce dernier l'articule avec d'autres juridictions et d'autres jurisprudences, dont il l'utilise pour augmenter ses pouvoirs à l'égard du législateur et de l'Administration, et dont il se justifie par sa sagesse ou son humanité, se situent au cœur du problème. Il n'est pas sûr que la rhétorique de la protection des droits fondamentaux, rattachée *in fine* à un système de valeurs sans assise politique (la Convention européenne des droits de l'homme), celle de la sagesse du juge ni celle du dialogue censé tempérer le pouvoir de juges souverains, soient à même de refonder leur légitimité.

---

<sup>1</sup> J.-M. DENQUIN, *La Monarchie aléatoire. Essai sur les constitutions de la V<sup>e</sup> République*, PUF, 2001 (voir en part. l'introduction).

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>3</sup> *Ibid.*

## *Conclusion de la Partie II* *Souplesse à la marge ou sur les sujets de fond ?*

Ces interrogations reposent finalement la question d'un bon système juridique, tant en termes de légitimité que d'efficacité, et plus précisément du curseur où la souplesse nécessaire à l'application de la règle de droit, y compris lorsqu'elle est parfaitement claire, doit se placer : un bon système est-il celui où le juge introduit de la souplesse lorsque, confronté à une situation qu'il considère inéquitable et qui touche à des sujets de fond, à « des choix de vie et [...] de délicates questions d'ordre éthique<sup>1</sup> », il s'autorise à substituer sa propre conception à celle du législateur ; ou est-ce un système où, sur ces sujets de fond, déjà très discutés, très soupesés par le législateur, le juge s'autolimit au strict respect du choix législatif, lui faisant le crédit d'avoir trouvé un juste équilibre, mais s'autorise, sur des questions moins importantes, à tempérer la rigueur de la règle ?

Dans le second cas, le juge pourrait ainsi, par exemple, accepter d'ouvrir le prétoire en cas de dépassement du délai de recours contentieux de quelques jours à cause de circonstances très particulières (imaginons un étranger, primo-requérant, ne parlant pas français, mal conseillé, ayant rencontré des difficultés matérielles imprévisibles, irrésistibles et extérieures pour déposer sa requête à temps), et/ou si le droit en cause est particulièrement important. Le Conseil d'État, d'ailleurs, a su par le passé faire preuve de ce type de souplesse, par exemple dans un arrêt *Veuve Audin*<sup>2</sup> où, dans une affaire de réparation du préjudice résultant du décès du mari de la requérante, après avoir appliqué la règle de droit et constaté la prescription de l'action, le Conseil d'État a, en raison des circonstances et de l'importance du droit sous-jacent, introduit une dose d'équité et accepté d'ouvrir son prétoire, acceptant l'invitation de son rapporteur public selon laquelle « s'il n'est pas en votre pouvoir de punir les auteurs d'un crime, il est de votre devoir de faire en sorte que justice soit rendue à M<sup>me</sup> Audin et à ses enfants<sup>3</sup> ». Tel semble aussi avoir été le raisonnement de la CEDH dans la récente af-

---

<sup>1</sup> M. GUYOMAR, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », art. cité.

<sup>2</sup> CE, 11 janvier 1978, *Rec. CE* p. 8.

<sup>3</sup> Nous semble aussi relever de cette « souplesse à la marge » l'alignement d'un régime de réparation sur un autre, lorsque rien ne justifie une discrimination entre deux catégories de personnes. Dans une affaire *Époux Bouchon*, par exemple (CE, 2 oct. 1964, *Rec. CE* p. 445), en matière de forfait de pension applicable aux fonctionnaires, le Conseil d'État avait déduit de ce régime qu'un fonctionnaire de l'État victime d'un accident sur une route nationale à l'occasion d'un trajet entre son domicile et son lieu de travail ne pouvait pas engager la responsabilité de l'État pour mauvais entretien de la route, qui lui aurait permis d'obtenir un complément d'indemnisation. En revanche, le même fonctionnaire aurait pu obtenir un tel complément si l'accident s'était produit sur une route départementale ou communale ! Une telle situation est évidemment absurde et dans pareil cas, le droit à indemnisation existant dans la seconde situation, le Conseil d'État aurait pu aisément faire évoluer sa jurisprudence au nom de l'équité dans la première situation. Sur le même sujet, la reconnaissance par le Conseil d'État que le forfait de pension ne fait pas obstacle à la réparation intégrale des préjudices subis par un agent à la suite d'un accident de service (CE, ass., 4 juill. 2003, M<sup>me</sup> Moya-Caville, *Rec. CE* p. 323) nous semble relever de la même logique : à partir du moment où le droit à réparation intégrale du préjudice existe pour le citoyen *lambda*, l'équité invite à ce que les fonctionnaires en bénéficient aussi.

faire *Henrioud c/ France*<sup>1</sup>, où la Cour a condamné la France pour avoir appliqué avec rigueur à un pourvoi en cassation les règles de recevabilité du code de procédure civile alors en vigueur, à savoir l'exigence d'une signification de la décision d'appel dont la copie est jointe au pourvoi, alors qu'était en jeu un enlèvement international d'enfants et la possibilité pour le père de voir ses enfants. La souplesse, dans ce genre de cas, ne concerne que l'ouverture du prétoire, sans préjuger du fond du litige.

Par l'arrêt *Gomez*, au contraire, le Conseil d'État a clairement pris parti pour le premier type de système. Le récent décret JADE<sup>2</sup> semble d'ailleurs compléter ce positionnement par une rigidification des conditions d'accès au prétoire, l'un des objectifs officiels étant de désengorger les tribunaux, surchargés et sous tension budgétaire. La combinaison de ces tendances a de quoi laisser songeur. Evidemment, le choix d'un système souple à la marge mais ferme sur le fond serait peut-être plus compliqué à gérer pour les juges au jour le jour, et moins « prestigieux » qu'une audace du type *Gomez*. Mais il demeure peut-être la seule garantie de la cohérence du droit.

---

<sup>1</sup> CEDH, 5 nov. 2015, préc.

<sup>2</sup> Décret n° 2016-1480 du 2 nov. 2016 portant modification du code de justice administrative.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

C'est avec un sentiment mesuré que nous terminons cette analyse du positionnement du Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité.

Le Conseil d'État a, d'un côté, par un volontarisme assumé, brillamment réussi à orienter sa politique jurisprudentielle et procédurale de manière à renouveler le contrôle de conventionnalité et en faire un outil de positionnement efficace au sein de l'ordre juridique interne comme externe. L'intuition de certains grands conseillers d'État que le salut viendrait non du repli mais de l'ouverture, qui a déterminé l'orientation résolument coopérative du Conseil d'État, doit être saluée. Et l'on ne peut qu'être admiratif devant les solutions ingénieuses que le Conseil est parvenu à dégager pour résoudre les innombrables situations de conflit que pose le paysage juridique moderne. Les juges du Palais Royal ont su ainsi déjouer les critiques qui annonçaient la disparition du contrôle de conventionnalité en raison des « indéniables difficultés, avérées ou potentielles, induites par une interpénétration des blocs normatifs<sup>1</sup> ». Ils ont su, surtout, faire du Conseil d'État un acteur de poids au sein de l'ordre européen, où il apparaît comme un interlocuteur loyal, responsable, avisé, ayant su gagner la confiance de ses pairs par un subtil mélange de respect et d'initiative et parvenant ainsi souvent à desserrer la tenaille dans laquelle l'État se trouve, entre un droit qu'il ne maîtrise plus et des obligations croissantes envers les individus. On peut leur en savoir gré.

D'un autre côté, nous demeurons légèrement circonspecte devant le discours qui entoure cette réussite, éprouvant, comme D. de Béchillon en 1998, « un léger sentiment de malaise que l'on avoue ne pas parvenir à faire cesser<sup>2</sup> ». Si nous ne doutons pas des avancées indéniables de la jurisprudence administrative pour la protection des droits et libertés, ni de la sincérité, de la compétence et du discernement des membres du Conseil d'État, nous sommes gênée de l'augmentation de son pouvoir qu'il a opérée de lui-même par la systématisation du contrôle de conventionnalité à double détente et qui ne s'accompagne d'aucune autre garantie que la bonne volonté des juges. La décomplexion assumée d'un juge vis-à-vis des sources de droit qu'il est censé appliquer ne nous semble pas souhaitable, d'autant moins lorsqu'elle trouve au moins une partie de son origine dans un contexte de concurrence entre juridictions.

En outre, l'unité, la cohérence, le dialogue sont certes de beaux concepts, mais dans un contexte juridictionnel, ils ne sont pas des fins en soi – pas plus d'ailleurs que le maintien d'une singularité à tout prix. Ils ne le sont que si l'on approuve la substance des droits protégés et les modalités de leur protection. Or ce débat est beaucoup moins audible que celui qui présuppose comme acquis, sans plus de questionnement qu'au regard de leur accroisse-

---

<sup>1</sup> D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ? », art. cité.

<sup>2</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », art. cité.

ment presque sans limite, la « protection des droits fondamentaux ». Nous ne pouvons donc nous départir de l'impression que toute cette rhétorique est, au moins en partie, une manière d'éviter d'aborder les sujets plus épineux que sont par exemple l'autorité de la jurisprudence de la CEDH, la spécificité de chaque ordre juridique ou le pouvoir créateur du juge.

Certes, il est plus facile de critiquer que d'agir, et comme D. de Béchillon le soulignait déjà il y a vingt ans, « la seule donnée toxique se résume dans le risque d'un effet d'emphase, d'excès ou d'emballement dans cette logique de la "revanche"<sup>1</sup>. » Espérons que l'avenir nous donnera tort.

**Laure Weymuller**

*Laure Weymuller est doctorante contractuelle chargée de mission d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas Paris II.*

---

<sup>1</sup> *Ibid.*



## LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff	affaire
AJ	Actualité jurisprudentielle
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
AJ famille	Actualité juridique Famille
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin de la chambre criminelle de la cour de cassation
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass	Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation
Cass. ch. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de Cassation
Cass. civ. x <sup>e</sup>	Arrêt de la x <sup>e</sup> chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. ch. réun.	Arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de Cassation.
Cass. req	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C. Civ	Code civil
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chr.	Chronique
Ch. réun.	Arrêt des chambres réunies de la cour de cassation
chron.	chronique
Civ	Cassation, chambre civile
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
Cne	Commune
consid.	considérant
Conv.	Convention
D.	Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
déc.	décision
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. env.	Droit de l'environnement
épx	époux
esp.	espèce
GAJA	Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative (arrêts du Conseil d'État)
Gaz. eur	Gazette européenne
Gaz. Pal.	Gazette du palais
J.-Cl	JurisClasseur (civil, pénal...)
Jcl. adm.	JurisClasseur administratif
JCP	Semaine juridique (JurisClasseur périodique générale, entreprises, commerce et industrie, sociale, etc.)
JO	Journal officiel
Juris-class. civ.	JurisClasseur de droit civil
Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'État

LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
nbp	note de bas de page
plén.	plénière
rapp.	rapport (ou rapporteur)
Rec CE	Recueil des décisions du Conseil d'État (Recueil Lebon)
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil = encyclopédie Dalloz
Rep com. Dalloz	Répertoire commercial Dalloz
Rev. adm.	Revue administrative
Rev.dr.publ.	Revue de droit public et des sciences politiques en France et à l'étranger
Rev. fisc. eur.	Revue fiscale européenne
RFDA	Revue française de droit administratif
RPDA	Revue pratique de droit administratif
sect.	Section
ss-sect.	Sous-sections réunies

## BIBLIOGRAPHIE

### *Ouvrages et thèses*

BÉCHILLON (DE) Denis, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, *Economica*, 1996

CARRÉ DE MALBERG Raymond, Contribution à la théorie générale de l'État, 2 vol., Sirey, 1920 et 1922, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004

HAURIUO Maurice, Principes de droit public, Sirey, 1910, rééd. Dalloz, coll. « Bibl. Dalloz », 2010

KELSEN Hans, Théorie générale du droit et de l'État, Bruylant LGDJ, 1997

LAPORTE Cécile, Le contrôle de conventionnalité par le juge administratif français, thèse, dirigée par René CRISTINI, Nice, 2005

PLESSIX Benoît, Droit administratif général, LexisNexis, 2016

ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, t. 1, fasc. 1 à 3, Dalloz, 2007

SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, coll. « Droit fondamental », 12<sup>e</sup> éd., 2015

### *Fascicules*

COSTA Jean-Paul, « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif », *Rép. Dalloz*, oct. 2002 (actualisation oct. 2014)

DUBOIS Jean-Pierre, « Responsabilité pour faute », *Rép. Dalloz*, sept. 2014 (actualisation oct. 2016)

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Responsabilité sans faute », *Rép. Dalloz*, juin 2013 (actualisation janv. 2017), en part. n° 53 *sq.*

SÉNERS François, « Préjudice », *Rép. Dalloz*, oct. 2011 (actualisation janv. 2017)

### *Articles*

AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, p. 983

BAILLEUL David, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ? », *RFDA* 2003, p. 876

BARBÉ Vanessa, « L'enchevêtrement des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité », *AJDA* 2016, p. 2444

BÉCHILLON (DE) Denys, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 37, 2011, p. 33

BÉCHILLON (DE) Denys, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », *RFDA* 1998 p. 225

BELLOUBET Nicole, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Droit social* 2017, p. 388

- BRETONNEAU Aurélie, DOMINO Xavier, « Le juge administratif, arbitre international ? », *AJDA* 2012, p. 201
- BRETONNEAU Aurélie, DOMINO Xavier, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA* 2011, p. 1136
- BRETONNEAU Aurélie, DOMINO Xavier, « Miscellanées contentieuses », *AJDA* 2012, p. 2373
- BRETONNEAU Aurélie, DOMINO Xavier, « Souvent loi varie... mais fol est-il vraiment qui s'y fie ? », *AJDA* 2012, p. 1392
- CARCASSONNE Guy, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, déc. 1999, p. 141
- CASTAING Cécile, « L'extension du contrôle de conventionnalité aux principes généraux du droit communautaire », *RTD Eur.* 2003, p. 197
- CLÉMENDOT Marie, « Limites apportées au pouvoir de modulation du juge national », *Droit Administratif* n° 2, fév. 2017, comm. 6
- COHEN Dany, « Le droit à ... », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz - PUF - Ed. J.-Cl., 1999, p. 393
- COSSALTER Philippe, « Le juge administratif peut contrôler la conventionnalité d'une loi organique », *Revue générale du droit on line*, n° 23792, 2016 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23792](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23792))
- COSTA Jean-Paul, « Les deux Europe des juges obéissent au principe des convergences parallèles », *Rec. Dalloz* 2007, p. 360
- DELAUNAY Benoît, « La confiance légitime entre discrètement au Conseil constitutionnel », *AJDA* 2014, p. 649
- DELAUNAY Benoît *et al.*, « Sécurité juridique, rétroactivité et garantie des droits », *Droit fiscal* n° 39, 24 septembre 2015, p. 581
- DELVOLVÉ Pierre, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, p. 754
- DELVOLVÉ Pierre, « Glissements », *RFDA* 2014, p. 702
- DELVOLVÉ Pierre, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992 (rééd. 2014), p. 135
- DEUMIER Pascale, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578
- DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *RDLF* 2014, chron. n° 2 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com))
- DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015, chron. n° 8 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com))
- DUPRÉ DE BOULOIS Xavier, « Les personnes publiques et la Convention européenne des droits de l'homme : un peu, beaucoup, pas du tout ? », *AJDA* 2008 p. 1036
- DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA* 2016, p. 1398

DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « De l'art de contester une loi par des voies détournées », *AJDA* 2015, p. 2374

DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « Elle a beau être organique, elle n'en est pas moins loi », *AJDA* 2016, p. 948

DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « QCP et question préjudicielle : la logique et ses impasses », *AJDA* 2016, p. 1392

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « QPC et contrôle de conventionnalité : le choix des armes, un enjeu décisif pour les avocats », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 5, p. 17

EL BOUDOUHI Saïda, « Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », *RFDA* 2014, p. 371

EVEILLARD Gweltaz, « Chronique de droit administratif », *JCP G* n° 50, déc. 2016, doctr. 1367

EVEILLARD Gweltaz, « L'absence de droit des administrés à obtenir la sanction d'un agent public », *Droit Administratif*, n° 8-9, août 2016, comm. 50

EVEILLARD Gweltaz, « Les élections régionales ont bien eu lieu... », *Droit administratif*, n° 2, févr. 2016, comm. 12.

FULCHIRON Hugues, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Rec. Dalloz* 2016, p. 1472

GAUTIER Marie, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *Droit administratif*, n° 10, 2010, étude 19

GAUTIER Pierre-Yves, « Vers un bouleversement radical des sources du droit, ou comment loi et Cour de cassation se voient conjointement désavouées par le juge du fond », note sous CA Versailles, 6 févr. 2003, *Rec. Dalloz* 2003, p. 720

GENEVOIS Bruno, « Cour EDH et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 281

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA* 2004, p. 651

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, p. 715

GENEVOIS Bruno, note sous l'arrêt *Nicolo*, *RFDA* 1989, p. 832

GRECH Fabien, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *Rev. fr. de dr. constitutionnel*, 2015/2 (n° 102), p. 252

GUYOMAR Mattias, SIMON Denis, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.* 2009, n° 43, p. 11

GUYOMAR Mattias, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », in *La*

*conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 281

GUYOMAR Mattias, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *Gaz. Pal.*, n° 28, 2016, p. 29

GUYOMAR Mattias, « Un droit en équilibre », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 533

HAFTTEL Bernard, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Rec. Dalloz* 2016, p. 1477

HAUSER Jean, « Procréation médicalement assistée *post mortem* : le début du délitement ? », *RTD civ.* 2016, p. 600

JOANNARD-LARDANT Emmanuel, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en droit fiscal », *Revue de droit fiscal*, n° 10, 6 mars 2014, étude 191

JOURDAIN Patrice, « Les limites de l'interprétation du droit national "à la lumière" d'une directive européenne en cas d'interprétation *contra legem* », *RTD civ.* 2015, p. 635

JULIEN-LAFERRIÈRE François, « Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », *AJDA* 1991, p. 551

KISSANGOULA Justin, « Quelques paradoxes du contrôle de conventionnalité des lois », *Rev. trim. dr. h.*, n° 55, 2003, p. 1046

LABAYLE Henri, MEHDI Rostane, « Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », *RFDA* 2016, p. 1003

LABETOULLE Daniel, « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux », in *Mél. René Chapus*, Montchrestien, 1992 (rééd. 2014), p. 333

LANDAIS Claire, LENICA Frédéric, « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'État », *Droit administratif*, n° 6, juin 2005, ét. 10

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G*, n° 3, 2017, p. 77

LE MAIGAT Patrice, « Insémination *post mortem* : vers la confirmation d'un changement de paradigme de la jurisprudence administrative ? », *Gaz. Pal.*, n° 39, 8 nov. 2016, p. 20

LE MAIGAT Patrice, « La vie... au-delà de la mort ou l'insémination *post mortem* à nouveau en question », *Gaz. Pal.*, n° 27, 19 juill. 2016, p. 16

LEVADE Anne, « Priorité n'est pas primauté ou comment articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Constitutions*, 2010, p. 229

LONG Marceau, « Genèse de la décision Nicolo », *AJDA* 2014, p. 100

MARANI François, « Les élections régionales ont bien eu lieu », *JCP A*, n° 4, 2016, 2023

MARKUS Jean-Pierre, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA* 1999, p. 99

MILLET François-Xavier, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012, p. 307

MULLER Etienne, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - Le juge national est-il compétent pour moduler dans le temps une annulation prononcée pour méconnaissance du droit de l'Union ? », *RTD eur.* 2015, p. 856

ODINET Guillaume, ROUSSEL Sophie, « Renvoi préjudiciel : le dialogue des juges décomplexé », *AJDA* 2017 p. 740 (chron. sous CE, ass., 24 févr. 2017, n° 391000)

PICARD Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6

PICHERAL Caroline (dir.), « Dialogue des juges et européanisation du droit administratif », *Cahiers de l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, n° 13, 2012 (<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/Cahiers-de-IIEDH-n°-131.pdf>)

PLATON Sébastien, « Chronique de jurisprudence de droit administratif européen (année 2015) », *Droit Administratif*, n° 12, déc. 2016, 4

PLATON Sébastien, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil Constitutionnel : "malaise dans le contentieux constitutionnel" ? », *RFDA* 2012, p. 639

PLESSIX Benoît, « Sécurité juridique et confiance légitime », *Revue du droit public*, n° 3, 2016, p. 799

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « *Quo vadis lex ?* », *RTD com.*, 2016, p. 641

RAIMONDI Guido, « La relation de la Cour de Strasbourg avec les juges internes », *AJDA* 2016, p. 2434

REED Robert, « La Cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux », *AJDA* 2017, p. 211

ROBINEAU Yves, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », intervention à la Cour suprême d'Azerbaïdjan, 24 octobre 2014 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-application-par-la-France-des-arrets-de-la-Cour-europeenne-des-droits-de-l-homme>)

SAUVÉ Jean-Marc, « Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques », intervention lors du colloque de la Société de législation comparée à Paris au Conseil d'État, 12 octobre 2012 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Autorites-administratives-droits-fondamentaux-et-operateurs-economiques>)

SAUVÉ Jean-Marc, « Justice administrative et État de droit », intervention devant l'Institut d'études judiciaires Université Panthéon-Assas, 10 févr. 2014 ([http://www.conseil-Etat.fr/content/download/3877/11659/version/1/file/2014\\_02\\_10\\_justice\\_administrative\\_etat\\_droit1902.pdf](http://www.conseil-Etat.fr/content/download/3877/11659/version/1/file/2014_02_10_justice_administrative_etat_droit1902.pdf))

SAUVÉ Jean-Marc, « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen », conférence à l'Université Jagellonne de Cracovie, 22 oct. 2012 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-dynamique-de-protection-des-droits-fondamentaux-en-droit-national-et-en-droit-europeen>)

SAUVÉ Jean-Marc, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », exposé de synthèse de la journée d'étude organisée au Conseil d'État par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris I, 1<sup>er</sup> avril 2011 ([http://www.conseil-Etat.fr/content/download/2420/7288/version/1/file/examen\\_constitutionnalite\\_loi\\_par\\_ce.pdf](http://www.conseil-Etat.fr/content/download/2420/7288/version/1/file/examen_constitutionnalite_loi_par_ce.pdf))

SAUVÉ Jean-Marc, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », ouverture du colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, Conseil d'État, 10 avril 2015 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Colloques-Seminaires-Conferences/L-ordre-juridique-national-en-prise-avec-le-droit-europeen-et-international-questions-de-souverainete>)

SAUVÉ Jean-Marc, « Le Conseil d'État et la Constitution », intervention au déjeuner du Cercle des constitutionnalistes, 25 avr. 2017 ([http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-la-Constitution#\\_ftn23](http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-la-Constitution#_ftn23))

SAUVÉ Jean-Marc, « Le contrôle de constitutionnalité en Europe », allocation d'ouverture du colloque de droit comparé organisé par la Fédération européenne des juges administratifs, 19 mai 2011 ([http://www.conseil-Etat.fr/content/download/2509/7555/version/1/file/intervention\\_ouverture\\_vp\\_feja\\_19052011.pdf](http://www.conseil-Etat.fr/content/download/2509/7555/version/1/file/intervention_ouverture_vp_feja_19052011.pdf))

SAUVÉ Jean-Marc, « Le juge administratif, protecteur des libertés », intervention au colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA), Université d'Auvergne, 16 juin 2016, (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>)

SAUVÉ Jean-Marc, « Le juge administratif et la protection des libertés et droits fondamentaux », in *Justices et droit du procès. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 545

SAUVÉ Jean-Marc, « Le juge administratif et les droits fondamentaux », introduction de J.-M. Sauvé au *Entretiens du contentieux*, Conseil d'État, 4 nov. 2016 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-juge-administratif-et-les-droits-fondamentaux-Premiers-entretiens-du-contentieux>)

SAUVÉ Jean-Marc, « QPC - Premier bilan et prospective : l'appréciation des conditions de recevabilité », exposé introductif dans le cadre du colloque sous le haut patronage du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation le 22 septembre 2010 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/QPC-Premier-bilan-et-prospective-l-appreciation-des-conditions-de-recevabilite>)

SAUVÉ Jean-Marc, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolò », *Gaz. Pal.*, n° 43, 2009, p. 5



SCHOETTL Jean-Eric, Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel, *LPA*, n° 122, 2004, p. 10

SERMIER Rémi, « Le Conseil d'État refuse d'appliquer les dispositions d'un traité international imposant des contraintes procédurales au législateur », *Constitutions* 2015, p. 540.

SIMON Denis, « Ad majorem juris gloriam : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 24 février 2017 », *Europe*, n° 5, mai 2017, repère 5

SIMON Denis, « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 19

SIMON Denis, RIGAUX Anne, « Drôle de drame. La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n° 5, mai 2010

SIMON Denis, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Rev. critique de droit international privé*, 2011, p. 1

STAHL Jacques-Henri, « Égalité, équité », *Droit Administratif*, n° 7, juill. 2016, repère 7

STIRN Bernard, « L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ? », 2015, *Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 5, p. 21 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-utilisation-des-moyens-de-constitutionnalite-et-de-conventionnalite-devant-le-juge-de-droit-commun-vers-un-reequilibrage>)

STIRN Bernard, « La défense de la loi », intervention au colloque organisé par l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la défense devant les Cours suprêmes, Assemblée Nationale, 29 septembre 2016 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-defense-de-la-loi>)

STIRN Bernard, « Niveaux de protection des droits fondamentaux », intervention à la Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 5 décembre 2016 (<http://www.conseil-Etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Niveaux-de-protection-des-droits-fondamentaux>)

SUDRE Frédéric, « A propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Cl. Gautron*, Pédone, 2004, p. 207

SUDRE Frédéric, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G*, n° 42, 14 oct. 2013, doct. 1086

TARLET Fanny, LÉONARD Guillaume, « Mutations génétiques et juridiques autour de la décision *Arcelor* », *AJDA* 2017, p. 288

TESSON Fabien, « Modulation des effets de l'annulation partielle du décret relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement », *JCP A*, n° 27, 6 juill. 2015, act. 605

TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Des apparences juridictionnelles de la sanction disciplinaire et de l'absence d'écran constitutionnel (en solution implicite) », *JCP A*, n° 15, 18 avril 2016, act. 337

VAUTHIER Jean-Philippe, VIALLA François, « Le Conseil d'État autorise une exportation de gamètes destinée à une insémination post mortem. - « Quelle vérité que ces montagnes bornent, qui est mensonge au monde qui se tient au-delà ? » (Montaigne, Essais, II, 12) », *JCP G*, n° 29, 18 juillet 2016, p. 864

VERPEAUX Michel, « Les délimitations des nouvelles régions : décret, loi, convention et Constitution », *JCP G*, n° 52, 21 décembre 2015, 1439

VESSAUD Richard, « Donner la vie après la mort ? », *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2016, comm. 178

WACHSMANN Patrice, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p. 2138

### *Conclusions*

Arrêt *Arcelor* : *Rec. CE* 2007, p. 55, concl. M. GUYOMAR

Arrêt *Bitouzet* : *Rec. CE* 1998, p. 288, concl. R. ABRAHAM

Arrêt *Blanc et a.* : *Rec. CE*, p. 119, concl. S. VON COESTER

Arrêt *Conseil national des Barreaux* : *RFDA* 2008, p. 575, concl. M. GUYOMAR

Arrêt *Gomez* : *RFDA* 2016, p. 740, concl. A. BRETONNEAU

Arrêt *Jacob* : *RFDA* 2016 p. 989, concl. E. CORTOT-BOUCHER

Arrêt *Nicolo* : *Rec. CE* 1989, p. 190, concl. P. FRYDMAN

Arrêt *Parent* : *LPA*, 20 déc. 2006, n° 253, p. 4, concl. M. GUYOMAR

### *Jurisprudence*<sup>1</sup>

**Allenbach** : *CE*, 27 oct. 2015, n° 393026, *Allenbach et a.* : *Rec. CE*, p. 367 ; *AJDA* 2015, p. 2374, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *Dr. adm.* 2016, comm. 15, note G. EVEILLARD ; *JCP G* 2015, 1439, note M. VERPEAUX ; *JCP A* 2016, 2023, note F. MARANI

**Arcelor** : *CE*, ass., 8 févr. 2007, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et autres* ; *AJDA* 2007. 1097, tribune P. CASSIA ; *ibid* 2007. 577, chron. F. LENICA et J. BOUCHER ; *GAJA*, 17<sup>e</sup> éd. 2009. 892 ; *Mélanges Genevois* 2008. 473, note E. GLASER ; *RDI* 2007. 130, obs. L. FONBAUSTIER ; *D.* 2007. 1166, obs. V. BERNAUD, L. Gay et C. SEVERINO ; *ibid* 2007. 2272, note M. VERPEAUX ; *ibid* 2007. 2742, chron. P. DEUMIER ; *RFDA* 2007. 384, concl. M. GUYOMAR ; *ibid* 2007. 564, note A. LEVADE ; *ibid* 2007. 578, note X. MAGNON ; *ibid* 2007. 596, chron. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER ; *ibid* 2007. 789, note M. CANEDO-PARIS ; *RTD. civ.* 2007. 299, obs. P. REMY-CORLAY ; *RTD eur.* 2007. 378, note P. CASSIA ; *ibid* 2008. 835, chron. D. RITLENG, A. BOUVERESSE ET J.-P. KOVAR ; *CJCE, grande ch.*,

---

<sup>1</sup> Afin de ne pas alourdir le document, nous avons délibérément limité les références des arrêts à leur minimum dans le corps du mémoire. On trouvera dans cette bibliographie les références plus complètes des principaux arrêts étudiés.

16 déc. 2008, aff. C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, D. 2009. 232. 2448, obs. F. TRÉBULLE ; AJDA 2009. 245, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; CE 3 juin 2009, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et autres*, n° 287110 ; AJDA 2009. 1710, note F. LAFAILLE ; GAJA, 17° éd. 2009. 892 ; D. 2009. 2448, obs. F. TRÉBULLE ; RFDA 2009. 800, concl. M. GUYOMAR

**Bitouzet** : CE, 3 juill. 1998, n° 158592, *Bitouzet*, Rec. CE p. 288, concl. R. ABRAHAM ; AJDA 1998. 639 ; *ibid.* 570, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; *ibid.* 2014. 112, chron. Y. ROBINEAU ; D. 2000. 256, obs. P. BON et D. DE BÉCHILLON ; RFDA 1998. 1243, concl. R. ABRAHAM ; *ibid.* 1999. 841, note D. DE BÉCHILLON ; BJDU 1998. 363, concl. R. ABRAHAM - J.-F. STRUILLOU, « Cour européenne des droits de l'homme et Conseil d'État : une nouvelle limitation au principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme ? », AFDUH 1999. 61

**Blanc et a.** : CE, 6 avr. 2016, *Blanc et a.*, n° 380570 : Rec. CE, p. 119, concl. S. VON COESTER ; AJDA 2016. 695 ; *ibid.* 948, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; AJFP 2016. 305, et les obs. ; Constitutions 2016. 307, chron. L. DOMINGO

**Cne d'Annecy** : CE, sect., 29 janv. 2003, n° 247909, *Cne d'Annecy* : Rec. CE, p. 4, concl. L. VALLÉE, AJDA 2003, p. 613, concl. ; RDP 2004, p. 545, note X. DUPRÉ DE BOULOIS, RFDA 2003, p. 972, note A. POTTEAU

**Conseil national des barreaux** : CE, sect., 10 avr. 2008, n° 296845, *Conseil national des barreaux, Conseil des barreaux européens*, Rec. CE p. 129, avec les concl. ; AJDA 2008. 1085, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; RFDA 2008. 575, concl. M. GUYOMAR ; *ibid.* 603, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; *ibid.* 711, obs. H. LABAYLE et R. MEHDI ; *ibid.* 780, chron. T. HAAS et C. SANTULLI ; RTD civ. 2008. 444, obs. P. DEUMIER

**Gomez** : CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *M<sup>me</sup> Gonzalez-Gomez*, Rec. CE p. 208 RTD civ. 2016 p. 600, obs. J. HAUSER ; Rec. Dalloz 2016 p. 1470, obs. M.-C. DE Montecler ; *ibid.* p. 1472, note H. FULCHIRON ; *ibid.* p. 1477, note B. HAFTEL ; AJ fam. 2016 p. 439, obs. C. SIFFREIN-Blanc ; *ibid.* 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; RFDA 2016 p. 754, note P. DELVOLVÉ ; Gaz. Pal. 2016, n° 24, note M. AFROUKH, n° 27, p. 16, note P. LE MAIGAT et n° 28, p. 29, note M. GUYOMAR ; JCP G 2016 p. 864, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; Dr. adm. 2016, Repère 7, obs. J.-H. STAHL ; Dr. fam. sept. 2016, Étude 15, J.-R. BINET et Comm. 178, note R. VESSAUD.

**Jacob** : CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, *Marc Jacob*, Rec. CE p. 191 ; AJDA 2016. 1095 ; *ibid.* 1392, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; RFDA 2016. 989, concl. E. CORTOT-BOUCHER ; *ibid.* 1003, note H. LABAYLE et R. MEHDI ; Dr. adm. 2016, comm. 51, G. EVEILLARD ; Dr. fisc. 2016, act. 354, N. JACQUOT et P. MISPELON ; Dr. fisc. 2016, 476, D. GUTMAN et S. AUSTRY ; JCP A 2016, act. 486, L. ERSTEIN ; JCP G 2016, 759, B. BONNET

**Metro Holding** : CE 12 nov. 2015, n° 367256, *Société Metro Holding France*, Rec. CE, concl. B. BOHNERT, Revue de Droit fiscal n° 49, déc. 2015 comm. 717, et Cons. const. 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, *Société Metro Holding France SA*, Rev. sociétés 2016. 388, note G. PARLEANI ; Constitutions 2016 p. 188, Décision

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2013**, n° 12-26.066, *D.* 2014 p. 179, obs. C. de la Cour, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* p. 153, point de vue H. FULCHIRON ; *ibid.* p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. THOURET ; *ibid.* 2013 p. 663, point de vue F. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015**, n° 14-20.790, *D.* 2015, p. 2365, note H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2015, p. 596, obs. J. HAUSER.

**Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2015**, n° 14-22.095, *AJDA* 2015, p. 2467 ; *RDI* 2016, p. 100, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *AJCT* 2016, p. 283, obs. E. PÉCHILLON

**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2015**, n° 13-27.391, *D.* 2015, p. 1672, note A. BENSAMOUN et P. SIRINELLI ; *RTD com.* 2015, p. 509, obs. F. POLLAUD-DULIAN