



HAL
open science

Le principe d'identification des normes en droit constitutionnel

Raphaël Déchaux

► **To cite this version:**

Raphaël Déchaux. Le principe d'identification des normes en droit constitutionnel. Jean-Marie Pontier. Les principes et le droit, PUAM, pp.213 à 235, 2007, 978-2-7314-0584-2. hal-03135098

HAL Id: hal-03135098

<https://amu.hal.science/hal-03135098v1>

Submitted on 7 May 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE PRINCIPE D'IDENTIFICATION DES NORMES

EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Par Raphaël DÉCHAUX*

La décision 469 DC du 26 mars 2003 du Conseil constitutionnel intitulée *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*¹ compte sans doute parmi les plus sujettes à débat rendues par la Haute Juridiction en ce début de siècle. Elle a fait l'objet d'un nombre considérable de commentaires de la part de la doctrine² qui a, encore une fois, discuté vivement de l'existence de limites de fond au pouvoir de révision constitutionnelle³. Rappelons que, dans cette courte décision, le Conseil, sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, s'est estimé incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Cette décision qui, sans reprendre la célèbre décision *Maastricht II*⁴, a permis d'éclairer la position du Conseil, a néanmoins remporté l'aval, voire l'enthousiasme, de la majorité de la doctrine française.

Pour résumer une problématique ancienne et fort complexe, rappelons que le débat se concentrait sur la possibilité pour le Conseil constitutionnel de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, notamment sur le fondement de l'article 89 alinéa 5 de la Constitution de la V^{ème} République. Cette hypothèse était peu envisageable car la doctrine majoritaire estime que le « pouvoir constituant dérivé », qu'elle assimile au pouvoir de révision, est un pouvoir souverain qui engendre, logiquement, un acte insusceptible de contrôle. A l'opposé, une partie de la doctrine positiviste a tenté de faire valoir divers arguments en faveur de la distinction entre le pouvoir de révision et le pouvoir constituant⁵.

* Allocataire de recherches - Moniteur de l'enseignement supérieur au sein du GERJC - Institut Louis Favoreu (CNRS-UMR 6201), Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III).

¹ Decision 469 DC, *Rec.* p. 293, *GDCC*, n°49, p. 867.

² Nous avons comptabilisé à ce jour 29 articles commentant cette décision.

³ La décision *Maastricht II* du 2 septembre 1992 (92-312 DC, *Rec.* p. 76, *RJC* I-505), qui marque le début du débat en France, avait déjà connu une telle effervescence doctrinale.

⁴
² Décision *précitée* dans laquelle le Conseil avait affirmé dans son considérant 19 : « sous réserve des limitations touchant aux périodes aux cours desquelles une révision de la Constitution ne peut être engagée ou poursuivie, [...] et d'autre part, *du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89* en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ». Nous soulignons.

⁵ Pour un exposé plus développé de ce débat théorique, on se permettra de renvoyer le lecteur à notre mémoire de DEA, *Les normes à constitutionnalité renforcée*, sous la direction du Professeur Annabelle Péna-Gaïa, Aix-en-Provence, 2005, 296 p.

Pour les tenants de cette théorie, il existerait une différence de fond entre le pouvoir constituant « originaire », souverain et donc insusceptible de contrôle, et le pouvoir de révision, encadré formellement et matériellement par la Constitution, ce que prouverait la lecture attentive de l'article 89 ainsi que de nombreux exemples de droit comparé⁶.

Rappelons tout d'abord la procédure d'élaboration d'une loi constitutionnelle telle que prévue à l'article 89 de la Constitution et ses conséquences en droit positif sur le contrôle de constitutionnalité. On observe que, par rapport à la procédure législative, il est nécessaire que le texte soit d'abord voté par les deux assemblées en termes identiques⁷ avant d'être adopté soit par référendum (alinéa 2), soit par le Congrès par un vote à la majorité des trois cinquièmes de ses membres (alinéa 3)⁸.

Bien qu'il interprète souvent de manière ouverte sa compétence, le Conseil constitutionnel l'a rejetée en 2003 selon cette justification : « Le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 69, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »⁹. Certains auteurs ont pu voir dans cette décision une simple incompétence formelle¹⁰. En effet, le Conseil pose ici une distinction entre la loi ordinaire et la loi constitutionnelle, puisqu'il considère que ces dernières ne sont

⁶ Pour les démocraties d'Europe de l'Est, citons le cas de la Pologne (arrêt du 17 novembre 1992 de la Cour constitutionnelle polonaise) et de la Roumanie (article 148 de la Constitution). En Europe, le pays ayant développé la construction la plus importante en matière de limites matérielles au pouvoir de révision est sans conteste l'Italie, par le biais de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (article 2 et 139 de la Constitution, voir, pour le premier arrêt explicite, l'arrêt n°1146 de 1988). Ceci étant, on peut citer le cas de l'Allemagne (article 79 alinéa 3 de la Loi Fondamentale et, pour l'arrêt le plus récent, BVerfGE du 9 mars 2004 (2004) du Tribunal de Karlsruhe) ; au Portugal, l'article 288 de la Constitution ; en Norvège l'article 112, en République Hellénique enfin, l'article 110 de la Constitution et l'arrêt de 2004 du Conseil d'État sur le TECE. Ailleurs dans le monde, le cas le plus intéressant est le développement jurisprudentiel de la Cour suprême indienne depuis les arrêts *Goloknath vs State of Punjab* de 1967 et *Kesavananda Bharati* de 1973.

⁷

² Cette identité de vote exclut notamment tout recours à la procédure de la Commission mixte paritaire. Elle permet un bicamérisme strictement égalitaire, unique dans la Constitution de la V^{ème} République, qui a donné une stricte prédominance à l'Assemblée nationale.

⁸ Procédure choisie en 2003. La V^{ème} République n'a connu qu'une seule révision constitutionnelle approuvée par référendum, voir la loi constitutionnelle n° 2000-564 du 2 octobre 2000, *JORF* du 3 octobre 2000 : *durée du mandat du Président de la République*.

⁹ Considérant n° 2.

¹⁰

² Ainsi que l'a fait remarquer le Professeur Mathieu, « dans le silence de l'article 61 sur la portée du terme "loi", le juge constitutionnel considère qu'il s'agit seulement des textes à caractères législatifs votés par le parlement », MATHIEU (B.), « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? », *in LPA* du 8 mars 1995, n° 29, p. 16. Le secrétaire général du Conseil constitutionnel affirme quant à lui que, si la Constitution ne fait aucune distinction formelle entre lois ordinaires et constitutionnelles (puisqu'elles sont toutes deux qualifiées de lois), il ne faut pas en conclure une similitude normative quant à la saisine du Conseil SCHOETTL (J.-E.), « Note sous décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 », *in LPA*, n°70, 8 avril 2003, p. 19.

pas visées par l'article 61 de la Constitution. Or la Haute Juridiction effectue cette distinction en utilisant un critère formel d'identification de l'acte de révision puisqu'elle assimile le vote à la majorité des trois cinquièmes par le Congrès à un acte constituant. Ainsi que l'a remarqué une partie de la doctrine, « il est alors possible d'en déduire une approche purement organique du pouvoir constituant »¹¹.

La hiérarchie des normes implique un contrôle de conformité entre les différentes normes ; ainsi le règlement doit être conforme à la loi et la loi à la Constitution. Or, si la théorie pose comme présumé une stricte délimitation des diverses normes juridiques, la pratique contentieuse a montré les difficultés qu'avait parfois l'État à strictement déterminer les pouvoirs normatifs. En effet, il est nécessaire que les pouvoirs soient bien délimités pour que les normes le soient. Ainsi, sous la III^{ème} République, notamment sous l'influence de Raymond Carré de Malberg, la confusion des pouvoirs entre les mains du Parlement a tendu à brouiller la stricte délimitation entre les différentes normes : la loi, issue de la volonté générale, était non seulement la norme « souveraine » supérieure aux autres, mais aussi la norme de référence. Certaines lois constitutionnelles relevaient ainsi plus du domaine de la loi que de la Constitution¹². La hiérarchie des normes n'était donc pas respectée sous ce régime (notamment à cause de l'utilisation des décrets-lois¹³) et conséquemment, la séparation des pouvoirs non plus. Cette confusion conduisit, entre autres, à la crise de régime qui a tragiquement marqué la fin de la III^{ème} République.

Il est donc nécessaire de pouvoir identifier les différentes normes émises par l'État si l'on veut que ces deux principes fondamentaux, séparation des pouvoirs et hiérarchie des normes, soient respectés. En ce sens, l'étude du fondement de l'argumentaire du Conseil dans la décision de 2003 est primordiale. Si la procédure renforcée de l'article 89 induit une souveraineté de l'acte de révision, c'est donc que la souveraineté des lois constitutionnelles par rapport aux lois ordinaires (ou aux lois organiques) est contenue dans la distinction procédurale du vote de l'acte normatif.

¹¹ CHALTIEL (F.), « La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : développements récents (à propos de la décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003) », *in LPA*, 20 juin 2003, n°123, p. 7.

¹² ? On peut citer un cas, caricatural certes, mais qui prouve l'absurdité de la pratique de la révision constitutionnelle sous la III^{ème} République : la loi du 10 août 1926, complétant la loi du 25 février 1875, intitulée « l'autonomie de la caisse de gestion des bons de la Défense nationale et d'amortissement de la dette publique a le caractère constitutionnel ».

¹³ ? La technique des décrets-lois consistait à remettre « dans les mains du pouvoir exécutif l'essentiel de l'exercice de la fonction normative ». FAVOREU (L.) et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public science politique, 9^{ème} édition, 2006, p. 699. Pour une présentation de la pratique normative sous la III^{ème} République, *idem*, pp. 698 à 700.

Il semble nécessaire de rappeler ici quelle est l'origine et la signification du critère formel pour comprendre son utilisation par le Conseil constitutionnel. Le raisonnement de la Haute Juridiction est induit, selon nous, par la prédominance au sein de la doctrine juridique publiciste du critère formel d'identification des normes. Cette distinction entre le critère formel et le critère matériel remonte au développement de la doctrine administrative du début du XX^{ème} siècle et peut notamment s'expliquer par la nécessité d'effectuer une identification pertinente du droit administratif par rapport au droit privé¹⁴.

C'est le Doyen de l'université de Strasbourg, Carré de Malberg, qui le premier a posé le critère organique comme critère déterminant de l'identification des normes en droit (constitutionnel)¹⁵. Mais cette théorie a surtout été diffusée par le droit administratif et notamment le Doyen Vedel. Ce dernier, dans un article resté comme l'une des références en la matière, explicitait la distinction entre les deux critères, distinction qu'il nous paraît nécessaire de rappeler ici :

« Toute définition d'une notion juridique peut se faire soit du point de vue *matériel*, soit du point de vue *formel*. Le point de vue matériel s'attache au *contenu* de l'activité, de l'acte ou de la situation qu'il s'agit de définir. Le point de vue *formel* s'attache aux *procédures* qu'utilise cette activité ou qui aboutissent à cet acte ou à cette situation. »¹⁶

Soulignons que le critère formel est *alternatif* : soit il s'agit d'un critère *organique* qui se rattache à l'auteur de l'acte¹⁷, soit il s'agit d'un critère *procédural*¹⁸. Ajoutons également que le Doyen Vedel estimait que le critère formel était nettement supérieur au critère matériel pour déterminer la nature d'un acte juridique : « il est impossible de construire le droit administratif sur une notion principalement *matérielle* alors que notre droit constitutionnel,

¹⁴ Or, pour les maîtres de l'école de la puissance publique, d'Hauriou à Vedel, comment mieux qualifier un acte administratif qu'en lui appliquant un critère organique ? Comment mieux distinguer un contrat administratif d'un contrat privé qu'en se limitant à l'observation de la présence d'une administration lors de la conclusion du contrat ?

¹⁵ « Les propriétés juridiques des règles ne dépendent pas seulement de la nature intrinsèque de la règle, mais aussi et même principalement, sous bien des rapports, de la qualité de puissance de son auteur », *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrés par le droit positif français relatif à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 165.

¹⁶ « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *E.D.C.E* n° 8, 1954, p. 27. Le critère organique est quant à lui « englobé dans le point de vue formel », *ibidem*. Rappelons que la finalité du raisonnement du Doyen Vedel était de prouver la supériorité du critère formel de la « puissance publique » et des clauses exorbitantes de droit commun sur le critère matériel du « service public », alors en nette perte d'influence.

¹⁷ Un acte du Premier ministre est ainsi *formellement* un acte réglementaire (article 21 de la Constitution).

¹⁸ La procédure des articles 39 à 45 de la Constitution permet ainsi l'identification d'une loi.

fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernants, recourt à peu près exclusivement à des notions et à des critères *formels* ou organiques »¹⁹. Bien qu'il n'examina pas le cas plus particulier des lois constitutionnelles (l'auteur écrivait alors sous la IV^{ème} République), l'influence de cette théorie sur la doctrine publiciste classique fut considérable²⁰. Sans développer plus ce qui est devenu un « lieu commun » de la pensée théorique française, on peut affirmer que le « réflexe » du juriste, face à un acte dont il doit déterminer la place dans la hiérarchie des normes, est depuis lors de se référer au critère formel.

L'étude de l'utilisation de ces critères d'identification par le Conseil constitutionnel semble fondamentale pour appréhender sa jurisprudence de 2003. Il convient ainsi de s'interroger sur l'identification de la norme qu'effectue le Conseil dans cette décision : pourquoi utilise-t-il un critère formel plutôt qu'un critère matériel d'identification ? Existe-t-il un principe récurrent d'identification des normes en droit constitutionnel ? Quelles conséquences en tirer sur la compétence du Conseil en matière de contrôle de constitutionnalité des normes ?

Nous démontrerons d'abord que, pour les révisions constitutionnelles, l'utilisation par la Haute Juridiction du critère formel ne permet pas une identification exacte de la loi constitutionnelle²¹ (I). Puis nous verrons que cette jurisprudence est contradictoire avec l'utilisation récurrente du critère matériel en matière de contrôle de constitutionnalité des lois (II).

I L'INEFFICIENCE DU VOTE À LA MAJORITÉ DES TROIS CINQUIÈMES DU CONGRÈS SUR LA SOUVERAINETÉ DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

¹⁹ VEDEL (G.), *idem*, p. 26. La supériorité du critère formel ne faisait aucun doute pour cet auteur : « Notre droit constitutionnel [...] donne [...] une incontestable prééminence au point de vue formel », *idem*, p. 27. Plus loin, il indiquait que « Les notions et les critères de notre droit public sont principalement formels ; les notions et les critères matériels sont subsidiaires », *idem*, p. 30.

²⁰ Cette théorie s'est propagée par la suite à *l'ensemble* du droit public. Le Professeur Moreau écrit ainsi dans son manuel : « en résumé la valeur spécifique des actes de l'Administration est donc bien fonction de la position de son auteur », MOREAU (J.), *Droit administratif*, P.U.F., Droit fondamental, 1989, p. 528. Marcel Waline soutenait quant à lui qu'« à l'échelle des normes correspond l'échelle des organes », WALINE (M.), *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, Sirey, 6^{ème} édition, p. 24.

²¹ Nous n'étudierons ici que les lois constitutionnelles adoptées par la voie du Congrès et non par la voie du référendum. Concernant le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires, nous renvoyons à la thèse de référence en la matière de Mme FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), *Le contrôle du référendum par le juge constitutionnel*, Paris, Economica, collection Droit Public Positif, 2004, 491 p. Certains auteurs admettant la possibilité d'effectuer un contrôle des lois constitutionnelles votées par le Congrès mais pas en cas référendaire, voir BADINTER (R.), « Le conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Mélanges en l'honneur de Jacques ROBERT, Libertés*, Paris, Monchrétien, 1998, p. 225.

Le critère procédural ne permet pas, du point de vue normatif, de distinguer la loi constitutionnelle de la loi ordinaire. En effet, l'étude de la notion juridique « démocratie » induit une interdiction de hiérarchiser les différents votes des parlementaires par le biais de la procédure d'adoption (A). De plus, l'utilisation d'une majorité renforcée n'a pas d'incidence sur la nature de l'acte normatif (B).

A) L'ABSENCE DE SOPHISTICATION NORMATIVE DE LA PROCÉDURE D'ADOPTION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

Le critère du vote à la majorité des trois cinquièmes ne peut conduire à donner une valeur normative supérieure aux lois constitutionnelles, tout d'abord parce que si la validité et la pertinence de l'utilisation du critère formel sont certaines en droit, elles restent soumises à des conditions d'effectivité (1), ensuite parce que l'analyse des différentes procédures d'adoption d'actes normatifs par les parlementaires permet de prouver que l'objet du renforcement de la procédure est plus politique que juridique (2).

1°) Les conditions d'effectivité du critère formel

Le problème posé par la prédominance du critère formel est double. Tout d'abord, en ce qui concerne l'évolution du droit administratif, le développement autonome du critère de l'objet dès 1956²² a mis à mal la supériorité du critère formel²³. Le deuxième problème, qui nous intéresse plus particulièrement, est celui de l'utilisation de ce critère dans les autres branches du droit public et surtout dans le cadre du droit constitutionnel.

Cette utilisation du critère formel par la doctrine constitutionnaliste majoritaire a déjà été critiquée, notamment par le Professeur Denys de Béchillon dans sa thèse

²²

[?] CE, Sect. 20 avril 1956, *Époux Bertin*, (Rec. p. 167, *GAJA* n° 75, p. 487) qui a marqué le renouveau (après une raréfaction pendant l'entre-deux guerres) du critère de l'objet « mission de service public », critère par conséquent matériel. Le développement de la jurisprudence administrative depuis lors n'a pas vu un critère prévaloir sur l'autre, ainsi que le souligne le Professeur Chapus : « lorsqu'un contrat n'est pas administratif par son objet, les juges ne manquent jamais de rechercher s'il contient des clauses exorbitantes. Et, finalement, tout contrat déclaré de droit privé n'est reconnu comme tel qu'en conséquence de l'affirmation qu'il n'est administratif, ni par son objet, ni par ses clauses », *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, collection Domat droit public, 15^{ème} édition, 2003, p. 566.

²³

[?] De fait, l'insuffisance du critère formel en droit administratif avait été perçue par le Doyen Vedel dans son article précité sur « Les bases constitutionnelles du droit administratif ». Le Doyen Vedel ne plaide d'ailleurs pas pour une utilisation exclusive de ce dernier mais pour une utilisation combinée des deux critères, formel et matériel : « Il va de soi d'ailleurs que les deux points de vue peuvent se combiner et que, en certains cas, il est impossible de donner une définition sans utiliser cumulativement les deux points de vue », *idem*, p. 27.

intitulée *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*²⁴. Dans cet ouvrage, plutôt que de faire prévaloir le critère de l'objet sur le critère formel pour déterminer la nature d'une norme, l'auteur a développé un nouveau critère, celui de la « fonction normative »²⁵. Le Professeur de Béchillon ne nie pas la valeur des anciens critères mais pose des *conditions d'effectivité* quant à leur utilisation, et c'est là le point qui nous intéresse ici :

« Pour qu'un critère véritablement formel ou procédural puisse départir la valeur de deux normes, une hiérarchie doit exister entre les formes ; un degré de "sophistication" doit différencier les procédures »²⁶.

L'efficience d'une hiérarchie formelle tient donc à la *réalité* de la hiérarchisation produite formellement, soit par le critère procédural, soit par le critère organique. Plus qu'une *spécification*, le critère formel doit induire une *sophistication* entre les normes. En d'autres termes, il ne suffit pas que la hiérarchisation soit purement formelle mais il est nécessaire qu'il existe une hiérarchie normative entre les deux actes. Cependant, il convient de fixer le cadre de cette distinction : même s'il existe des conditions pour rendre efficiente l'utilisation du critère formel en matière d'identification normative, ces spécificités formelles, posées par la Constitution, restent toujours une condition de production normative. Ainsi, même s'il s'avère qu'une procédure spécifique ne permette pas de distinguer deux normes sur la pyramide kelsénienne, le respect de cette procédure conditionne toujours la validité de la norme. Une fois posé cet axiome théorique, étudions maintenant le cas des lois constitutionnelles.

Il nous semble nécessaire de rejeter tout d'abord la sophistication due au critère organique. On ne saurait, en effet, reconnaître une supériorité de l'auteur « Congrès » sur l'auteur « Parlement » qui induirait une supériorité de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire. Le Conseil constitutionnel lui-même n'admet pas de distinction entre ces deux organes, puisque le Congrès est juridiquement constitué du Parlement²⁷. Seule l'étude du

²⁴

[?] DE BECHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, collection Droit Public Positif, 1996, 578 p.

²⁵ Notons que dans sa thèse, le Professeur de Béchillon, s'il identifie une fonction constituante ne la distingue pas de la fonction de révision.

²⁶ *Idem*, p. 14. L'auteur précise ensuite que « cette sophistication doit être elle-même hiérarchisante, ce qui n'est pas toujours le cas », *ibidem*, note 32.

²⁷ La différence entre ces deux assemblées est nulle selon une jurisprudence constitutionnelle constante, depuis la décision 63-24 DC du 23 novembre 1963, *Règlement du congrès* (Rec. p. 16, RJC I-13), dans laquelle le Conseil accepte de contrôler la constitutionnalité du règlement adopté par le Congrès, compétence non prévue par la Constitution. La réunion du Parlement en Congrès possède donc une valeur purement symbolique et ne permet pas de distinguer juridiquement un organe distinct. Du point de vue de la science politique en revanche, la distinction de nature entre les deux organes est acceptable.

critère *procédural*, du vote à la majorité des trois cinquièmes, sera donc ici développée²⁸. L'essentiel de la difficulté réside donc dans l'analyse de la sophistication de la procédure constitutionnelle. Il existe bien, à première vue, une spécification formelle : le vote des parlementaires à la majorité des trois cinquièmes est plus spécifique que le vote des parlementaires à la majorité simple pour les lois ordinaires puisqu'il requiert un nombre plus important de suffrages. Nous allons néanmoins voir que cette spécificité de la loi constitutionnelle ne conduit pas à une sophistication de cette norme par rapport aux lois simples.

2°) *L'impossible hiérarchisation du concept démocratique*

Il est donc nécessaire de s'interroger sur la *réalité* de la sophistication produite par le vote à la majorité des trois cinquièmes des parlementaires réunis en Congrès. Or, comme une loi ordinaire et une loi constitutionnelle sont votées par le même auteur, le critère procédural permet-il de déterminer une *différence hiérarchique de légitimité* entre ces deux votes des représentants nationaux²⁹ ? Il est nécessaire de s'interroger ici sur la possibilité de hiérarchiser le concept de légitimité en droit ; un auteur peut prendre différents types d'actes normatifs³⁰ mais peut-il différencier son vote de façon à accorder plus de légitimité à certains actes plutôt qu'à d'autres ? Existe-t-il, pour les actes parlementaires, différents nivellements de légitimité ? L'étude du fondement et de la signification juridique du concept « démocratie » permet de répondre, négativement, à cette interrogation.

Formellement, la Constitution française assimile la démocratie au « gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple »³¹. Par nature, la démocratie se caractérise par un critère organique : la doctrine normativiste s'accorde pour définir un État démocratique comme un État où les normes sont adoptées soit directement par les citoyens par le biais de mécanismes de démocratie directe (référendum), soit indirectement par le biais de

²⁸

²⁹ Ainsi que l'a souligné le Professeur de Béchillon, « lorsque les actes en cause émanent d'une même institution, la suprématie de l'un sur l'autre se décèlera alors principalement en considération de leurs formes respectives ou des procédures suivies pour leur création », *idem*, p. 7.

²⁹ La différence normative entre la loi ordinaire et l'acte constituant ne pouvant reposer, selon la majorité de la doctrine, que sur une différence de légitimité entre les deux actes.

³⁰ Ainsi le Parlement vote des règlements d'assemblée autant que des lois ordinaires, organiques (ou constitutionnelles).

³¹ Article 2 qui définit le « principe de la République », reprenant ainsi la célèbre formule de Lincoln.

représentants élus au *suffrage universel*³². On identifie ainsi la démocratie grâce à deux composantes : le suffrage universel donc et l'existence de scrutins réguliers³³. *A priori* cette définition, purement juridique³⁴, n'admet aucun niveau de *hiérarchisation* de la démocratie, mais des différences de *modalités* démocratiques : il faut distinguer l'existence de différences de modalités entre les différents votes (ainsi en France, il existe des votes au suffrage universel indirect ou au suffrage universel direct) de l'existence d'un vote au suffrage universel (par rapport au suffrage censitaire par exemple). La qualification de la démocratie est donc absolue au sens où son principe n'est ni modulable ni aménageable : soit le pouvoir émane du peuple, soit le pouvoir est confisqué. Ainsi, contrairement à un argument classique propre, selon nous, à la science politique, la dichotomie entre suffrage universel direct et suffrage universel indirect n'a aucune incidence, ni sur la *qualité* juridique de la démocratie, ni sur la *légitimité* démocratique. Les élus au suffrage universel indirect ne sont en effet pas moins légitimes que les élus au suffrage universel direct. Une élection n'est pas « moins » démocratique si elle se déroule au suffrage universel indirect qu'au suffrage universel direct.

Cette critique est souvent faite à l'encontre du Sénat. Or, il suffit d'observer que les sénateurs ne sont pas les seuls élus au suffrage universel indirect en France ou à l'étranger. L'« anomalie de la République » serait sinon pathogène puisqu'il suffit de constater que les maires, les présidents des conseils généraux et régionaux, la « base » de notre démocratie en fait, sont tous élus au suffrage universel indirect. Les exemples à l'étranger ne manquent pas puisque la quasi-totalité des régimes parlementaires monistes élisent leur premier ministre au suffrage universel indirect. Quant au régime présidentiel, le Président américain est élu au suffrage universel indirect depuis 1787 ; si des critiques sont émises à propos de

³² Sachant que l'administration, dans le cadre de son pouvoir normatif réglementaire, est soumise à ces mêmes représentants du pouvoir législatif. La source du pouvoir à tous degrés de la hiérarchie des normes est donc bien démocratique, directement ou indirectement.

³³ Nous entendons ainsi le droit à des élections libres tel qu'il est consacré, entre autres, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (article 3 protocole 1) et par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Les consultations doivent être secrètes, se dérouler à intervalles réguliers et dans des conditions permettant la libre expression de l'opinion du peuple (*Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, 2 mars 1987).

³⁴ L'opposé de la conception kelsénienne de la démocratie consiste souvent à ajouter à cette dernière celle de « démocratie économique sociale ». Selon cette conception, propre à la science politique, la démocratie n'existe que lorsqu'elle comprend certains principes comme la laïcité, une certaine conception de la justice sociale, un principe d'assistance, une économie de marché, etc... Nous ne nions pas la pertinence de cette conception (en France), quoiqu'à notre sens largement éloignée de la théorisation classique des philosophes hellènes ou des Lumières, mais, transposée au droit, elle présente toutes les caractéristiques d'une approche jusnaturaliste, et donc réductrice, de « l'idée démocratique ». Cette conception tend notamment à accorder à la démocratie plus une caractéristique de finalité sociale qu'un moyen d'exercice du pouvoir ; ainsi plus le système juridique serait démocratique, plus la société tendrait vers son idéal de justice. Les maux politiques caractéristiques de nos sociétés seraient conséquemment dus à un manque de démocratie et l'instauration, entre autres, de mécanismes de démocratie directe permettrait une évolution progressiste de la société.

l'organisation de l'élection des grands électeurs américains (matériel désuet), le principe de l'élection au suffrage universel indirect ne semble pas le moins du monde compromis par la doctrine américaine.

Bien entendu, la rationalisation du parlementarisme a engendré un bicaméralisme inégalitaire sous la V^{ème} République. Or, cette rationalisation n'a aucunement influencé le *statut* des parlementaires mais bien leurs *compétences* : un député possède ainsi la même légitimité (et le même statut) qu'un sénateur, en revanche, il bénéficie de pouvoirs différents³⁵. L'influence du mode de suffrage, à partir du moment où il est universel, sur la *nature* de la démocratie est donc nul ou alors il s'agit d'un jugement de valeur (qui peut certes se justifier mais par des arguments externes au droit). La critique de légitimité de « second rang » des sénateurs est donc juridiquement nulle.

La question de la tenue régulière d'élections ainsi que du mode de scrutin³⁶ est moins problématique, puisqu'il s'agit alors juste de *différences de modalités* dans l'*organisation* du vote. Or, les *modalités* de l'*organisation* d'un vote n'induisent aucune conséquence juridique quant à la *légitimité* de l'acte que prennent les organes élus. Comme la notion de démocratie s'apparente exclusivement à l'*auteur* de l'acte normatif, il est donc nécessaire de rapprocher la légitimité de l'acte et la légitimité de l'auteur de l'acte. La légitimité d'un acte ne peut être appréciée que relativement à la légitimité de son auteur : si l'organe auteur de la norme est légitime, cette dernière sera légitime, que le vote se déroule à main levée ou que son auteur délègue son pouvoir à un ministre. Les tenants d'une théorie « légitimiste » ne peuvent aboutir qu'à une négation de la hiérarchie des normes kelsénienne au profit d'une hiérarchie des légitimités politiques. Or, une telle hiérarchie conduirait immanquablement à une dénaturation du parlementarisme ainsi qu'à une destruction du *Rechtsstaat* tel qu'il a été théorisé et mis en application tout au long du XX^{ème} siècle en Europe. N'oublions pas que le fondement de la hiérarchie des normes n'est qu'indirectement lié à la légitimité de l'auteur des actes normatifs³⁷.

³⁵ Sauf en matière de révision et concernant les propositions de lois relatives aux collectivités territoriales.

³⁶ Le scrutin dans une démocratie peut revêtir un certain nombre de formes : majoritaire ou proportionnel, uninominal ou à liste, à un ou à plusieurs tours, sans que cela influence le caractère démocratique d'un État. Le scrutin proportionnel étant, du point de vue de la science politique, censé qualitativement être « plus démocratique » puisqu'il permet une représentation plus rigoureuse de la volonté nationale. Or s'il est tombé en désuétude dans la majorité des démocraties parlementaires européennes c'est sans doute parce que, ainsi que l'a pertinemment souligné le Professeur Chantebout, « la démocratie aujourd'hui ne consiste pas dans l'exactitude de la représentation ; elle réside dans la possibilité pour le peuple de choisir et de sanctionner les gouvernants », *Brève histoire politique et institutionnelle de la V^{ème} République*, Armand Collin, éd. U Science politique, 2004, p. 150.

³⁷

[?] La hiérarchie des normes n'est pas une composante obligatoire de l'État démocratique, c'est un élément de « consolidation » de la démocratie (la III^{ème} République était bien un État démocratique). De par son caractère strictement positiviste, la théorie de Kelsen peut parfaitement s'appliquer dans un État

En conclusion, un vote de représentants élus au suffrage universel direct ou indirect sera toujours de « qualité démocratique » identique : on ne peut induire de hiérarchisation de légitimité entre ces votes puisqu'il n'existe, juridiquement, aucun « degré » démocratique³⁸. La loi ordinaire est ainsi autant « démocratique » que la loi constitutionnelle. La hiérarchisation qui suivrait serait due à la *nature* des actes et non à leur *mode d'adoption*. L'utilisation d'un critère purement procédural en matière de loi constitutionnelle ne pourra donc pas permettre de différencier une « nature démocratique » différente des lois ordinaires parce que par essence impossible.

totalitaire, ou dans lequel s'exerce un suffrage censitaire voire capacitaire.

³⁸ La conception juridique de la démocratie nécessite ainsi une émancipation du droit constitutionnel politique : le Conseil vient d'en donner une preuve récente en refusant d'admettre la valeur juridique d'une distinction, difficilement contestable du point de vue politique, sur l'appartenance des députés soit à l'opposition, soit à la majorité. Décision n° 2006-537 DC du 22 juin 2006, (considérant n°13), *JORF* du 23 juin 2006, p. 9647

B) ANALYSE DES EFFETS DIFFÉRENCIÉS DES MAJORITÉS D'ADOPTION D'ACTES NORMATIFS PAR LE PARLEMENT

Rappelons tout d'abord certaines considérations d'ordre général à propos de l'activité normative du Parlement français sous la V^{ème} République. Trois actes sont déterminés par l'appellation « loi » : les lois simples ou ordinaires prévues par l'article 34 de la Constitution, les lois organiques prévues par l'article 46 et enfin, les lois constitutionnelles de l'article 89. La spécialisation de la procédure constitutionnelle par rapport à celle ordinaire est, ainsi que nous l'avons démontré précédemment, à l'origine de l'impossibilité pour la Haute Juridiction de contrôler la constitutionnalité des révisions. Or, la progressivité dans la complexité procédurale entre les lois organiques et les lois ordinaires n'empêche pas le Conseil d'effectuer un contrôle de constitutionnalité des lois organiques.

En effet, bien que la loi organique doit être votée dans les quinze jours après le dépôt du projet ou de la proposition de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale, et qu'il existe l'obligation d'un vote à la majorité absolue de l'Assemblée nationale en cas de désaccord avec le Sénat, force est de constater que la spécialisation de la procédure d'adoption d'une loi organique entraîne un contrôle obligatoire du Conseil constitutionnel³⁹. A première vue donc, la spécialisation procédurale des lois organiques n'entraîne aucune hiérarchisation du point de vue normatif et les laisserait dans la catégorie « législative » au sein de la pyramide kelsénienne. Il convient, néanmoins, de nuancer ce propos puisqu'il existe une différence hiérarchique normative entre la loi ordinaire et la loi organique, bien qu'elle soit toujours contestée par une partie de la doctrine. Cette dernière possède une place « infra-constitutionnelle » mais « supra-législative » puisque, notamment en matière de finances publiques, le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois de finances non seulement sur le fondement du bloc de constitutionnalité, mais aussi de la « loi organique relative aux lois de finances » depuis la décision du 11 août 1960, *Redevance radiotélévision*⁴⁰.

La spécialisation formelle entre les différents types de suffrage induit-elle une sophistication, c'est-à-dire une hiérarchisation normative, entre les actes juridiques adoptés

³⁹ Article 61 alinéa 1 de la Constitution.

⁴⁰

[?] 60-8 DC, *Rec.* p. 25, *GDCC*, n° 7. On est donc devant un cas de hiérarchisation *matérielle* entre ces différentes normes. Le Conseil utilise ici un critère matériel d'identification de la norme « loi organique » pour qu'elle puisse servir de fondement normatif au contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. C'est en effet par l'analyse de *l'objet* de ce type de norme qu'on peut en déduire sa valeur supra-législative. Selon Michel Debré, la nature normative de ces lois organiques était le « règlement constitutionnel », voir M. Debré devant le CE, 27 août 1958, *in RF sc. pol.* 1959, p. 14.

par ces différents votes (1), ou bien cette différenciation n'a-t-elle qu'une signification politique (2) ?

1°) La différenciation procédurale entre les diverses normes adoptées par le Parlement : une exigence constitutionnelle

La Constitution prévoit trois sortes de majorité distinctes pour l'adoption d'un acte par les parlementaires.

Le vote à la majorité simple⁴¹ tout d'abord qui est celui de « droit commun » lors de la procédure d'adoption des règlements d'assemblées, des lois ordinaires, des lois organiques lorsqu'il existe un accord entre les deux assemblées ou enfin, lors du vote de la question de confiance (article 49 alinéa 1)⁴². Dans ces cas, le vote a lieu à la majorité des suffrages exprimés obtenue par une seule voix de différence ; la majorité varie alors selon le nombre de membres de la majorité présents lors du vote.

Le vote à la majorité qualifiée quant à lui est utilisé pour le vote d'une loi organique par l'Assemblée nationale lorsqu'elle est en désaccord avec le Sénat (article 46 alinéa 3) ou lorsqu'une motion de censure est déposée dans les formes prévues par l'article 49 alinéa 2 de la Constitution. Dans ce cas, le vote a lieu au « scrutin public à la tribune » et à la majorité absolue des parlementaires ; la majorité requise, parfois appelée « majorité constitutionnelle », doit être calculée d'après le nombre de députés siégeant à l'Assemblée, elle sera normalement de 289 voix.

Le vote à la majorité renforcée n'existe en droit constitutionnel français que pour le vote des lois constitutionnelles. La notion de procédure renforcée est cependant courante en droit parlementaire comparé, même si elle se conjugue de deux façons : majorité des deux tiers ou des trois cinquièmes⁴³. Cette procédure est utilisée pour deux catégories d'actes : les actes de nature politique à portée symbolique forte et les révisions constitutionnelles.

Pour la première catégorie, citons le cas de l'élection du Président de la République Hellène à la majorité des trois cinquièmes⁴⁴ ou la désignation en Espagne des membres du

⁴¹

? Le vote à la majorité simple peut être soit à main levée (article 64 alinéa 3 RAN), par assis et levé en cas de doute ou enfin en « scrutin public ordinaire ». Voir GICQUEL (J.), AVRIL (P.), *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, collection Domat Droit Public, 3^{ème} édition, 2003, p. 134.

⁴²

? Article 68 du règlement de l'Assemblée nationale : « Sous réserve de l'application de l'article 49 de la Constitution, les questions mises aux voix ne sont déclarées adoptées que si elles ont obtenu la majorité des suffrages exprimés ».

⁴³

? Les deux ratios traduisant une différence, non négligeable, de 7% quant au nombre de voix demandées. Néanmoins leur signification est identique juridiquement.

⁴⁴

Tribunal constitutionnel et du Conseil général du pouvoir judiciaire⁴⁵. En Italie, où la majorité des deux tiers est prévue dans de nombreux cas par la Constitution, cette dernière est nécessaire pour les lois d'amnistie⁴⁶ ou les quatre premiers tours de l'élection présidentielle⁴⁷.

La majorité renforcée est nécessaire pour adopter le projet ou la révision de la Constitution en Albanie⁴⁸, en Espagne⁴⁹, en Italie⁵⁰, en Allemagne⁵¹ ou encore, en Belgique⁵², cette liste n'étant pas exhaustive.

Notons que toutes ces procédures constituent une obligation formelle de validité normative⁵³. L'un des objectifs d'une Constitution étant de poser des critères d'élaboration des normes, la validité de ces dernières tient donc au respect des procédures définies constitutionnellement. Pour que la norme entre en vigueur, le Parlement doit voter l'acte selon la procédure prescrite par la Constitution, sous peine de nullité. Analysons maintenant si ces procédures permettent de distinguer hiérarchiquement la nature de ces normes.

2°) Les effets du vote à la majorité des trois cinquièmes sur la valeur normative des lois constitutionnelles : une portée politique

La signification normative du vote à la majorité renforcée des trois cinquièmes est interprétable d'une façon différente de celle du Conseil constitutionnel.

En effet, l'étude des diverses procédures parlementaires permet, selon nous, de nuancer les effets que la doctrine prête généralement à la procédure renforcée sur la nature des lois constitutionnelles. Si l'on admet une hiérarchisation entre le vote à la majorité simple et le vote à la majorité renforcée, il nous semble nécessaire d'admettre une hiérarchisation entre le vote à la majorité simple et le vote à la majorité absolue. On peut dès lors affirmer que la

[?] Article 32 paragraphe 4.

⁴⁵

[?] Article 159 alinéa 1 et 122 alinéa 3.

⁴⁶ Article 79.

⁴⁷ Article 83.

⁴⁸

[?] Art 81 alinéa 2.

⁴⁹

[?] Article 167 alinéa 1.

⁵⁰

[?] Article 138.

⁵¹ Article 79 alinéa 2.

⁵²

[?] Article 198.

⁵³ Voir *supra* p. 7.

spécialisation entraîne au minimum un *renforcement de la solennité du vote* mais qu'elle n'induit aucune incidence sur la valeur normative de l'acte.

Prenons l'exemple des lois organiques. La majorité d'adoption peut être absolue, alors que normalement elle est simple, pour une cause politique : le blocage du Sénat lors de la procédure de la navette⁵⁴. La Constitution oblige donc la majorité à être renforcée pour l'adoption de cet acte pour des raisons politiques. On constate, cependant, que les deux votes produisent une égalité quant à la valeur normative de l'acte. En l'espèce, *la différence procédurale n'entraîne aucune conséquence sur la nature de la norme* : que la majorité soit simple ou absolue, la loi organique est adoptée et produira des effets juridiques identiques. Les deux procédures sont donc équivalentes et n'entraînent aucune sophistication normative⁵⁵.

Pour le cas de lois constitutionnelles, la spécialisation a comme objectif de s'assurer qu'une plus large majorité des représentants du peuple votera la révision constitutionnelle ; ainsi, il s'agit ici de garantir un consensus *politique* supérieur. Or, un *consensus* politique supérieur implique-t-il une *légitimité* juridique supérieure ? A la rigueur, ce consensus induit une plus grande sécurité juridique, une plus grande stabilité constitutionnelle puisque la révision est rendue moins aisée que si la majorité était simple ou absolue. Mais, en revanche, la légitimité de l'acte reste identique puisque la représentativité, le mandat des parlementaires, est restée identique.

Ainsi, quels que soient les mécanismes mis en place par la Constitution, vote à majorité simple ou absolue, que la majorité soit quantitativement plus ou moins importante n'influe pas sur la légitimité de la norme. Le fondement de la procédure renforcée correspond à une volonté de renforcer *la majorité nécessaire* et non la *légitimité* du vote. Elle n'induit pas une plus grande force juridique pour l'acte adopté à la majorité absolue. La légitimité n'évolue pas, elle ne se « développe » pas lors d'une période temporelle, à l'occasion du vote d'une loi organique ou d'adoption d'une loi constitutionnelle, mais elle s'acquiert lors de l'élection au suffrage universel. C'est là la signification même de l'association entre la notion de démocratie et de mandat représentatif⁵⁶ : la légitimité constante des représentants et des

⁵⁴ Article 46 alinéa 3 de la Constitution.

⁵⁵ Bien que la question ne rentre pas classiquement dans le droit constitutionnel normatif, on peut également prendre le cas de la responsabilité politique : un gouvernement démissionne sous la V^{ème} République soit du fait du rejet de la confiance de l'Assemblée, lors d'une déclaration de politique générale ou d'une question de confiance (article 49 alinéa 1), soit du fait de l'adoption d'une motion de censure. Or, selon l'article 50 de la Constitution, le gouvernement est toujours obligé de démissionner, que la majorité soit simple ou absolue. Ce cas particulier montre également que la nécessité d'obtenir une majorité absolue tient à des considérations politiques et non juridiques.

⁵⁶

[?] La situation n'est évidemment pas la même dans le cas d'un mandat impératif. La légitimité n'existe alors que lors de la réalisation de l'acte juridique pour lequel les représentants ont été élus (voir l'exemple des grands électeurs aux USA). Si les citoyens français élaient des représentants uniquement pour l'adoption d'une révision constitutionnelle par le biais d'un mandat impératif et à la majorité des trois cinquièmes, on

actes directs ou indirects qu'ils peuvent adopter durant toute la durée de la législature⁵⁷. Une loi, ordinaire, organique ou constitutionnelle, est légitime car elle émane d'une majorité légitime élue au suffrage universelle, et non pour une raison de procédure.

Le droit en général et la théorie du droit en particulier ne posent aucun instrument permettant de différencier la sophistication ou la hiérarchisation normative d'un acte du fait du nombre de votes : qu'une loi soit adoptée par 100 ou 450 voix, sa valeur normative n'en sera pas influencée. La différence procédurale relève ainsi plus de l'étude du droit parlementaire que du droit constitutionnel normatif⁵⁸. En effet, cette différenciation procédurale des actes parlementaires ne conditionne que la validité de la norme produite, ainsi que nous l'avons vu plus haut ; l'étude de l'objet et des effets de la majorité renforcée ne permet pas de distinguer la procédure constitutionnelle de la procédure législative. De plus, l'utilisation du critère formel ne coïncide pas avec l'identification des normes constitutionnelles qu'effectue le Conseil constitutionnel français pour le contrôle des lois ordinaires.

pourrait alors affirmer avec pertinence que ce vote est plus légitime que le vote à la majorité simple d'une loi ordinaire ou organique. Mais le critère formel serait ici *organique* et non *procédural*.

⁵⁷ Ce qui distingue normativement la loi constitutionnelle de la loi organique, ordinaire ou du règlement d'assemblée, n'est donc pas la légitimité mais bien la nature des actes.

⁵⁸ ? Notons que Monsieur Thomas Meindl soutient l'identité de nature procédurale entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire, bien qu'il admette une distinction de finalité. Il justifie ainsi une possible ouverture de compétence du Conseil constitutionnel : « la loi de révision de la Constitution remplit les critères traditionnels organiques et formels de définition des normes de nature législative. Dès lors rien, *a priori*, ne s'oppose à considérer la révision de la Constitution comme un texte de nature législative », MEINDL (Th.), « Le conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *in RDP*, n° 3-2003, p. 746.

II L'ANTINOMIE ENTRE LA CONCEPTION FORMELLE DE LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE ET LA STRUCTURE HIÉRARCHIQUE DU DROIT POSITIF

L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'identification normative permet d'apporter un intéressant point de comparaison à la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en la matière. Concernant les contrats publics, nous avons rappelé que la Haute assemblée utilisait alternativement l'un ou l'autre critère⁵⁹, toutefois l'étude de la jurisprudence relative au « dédoublement fonctionnel » nécessite ici un développement succinct. En effet, lorsque le Conseil d'État est confronté à des actes pris par une autorité administrative au profit de laquelle est momentanément réalisée une confusion des pouvoirs, il distingue alors la nature législative ou réglementaire de ces actes par l'utilisation d'un critère matériel d'identification. On peut citer quatre cas illustrant cette jurisprudence, dont l'origine remonte à la fin du XIX^{ème} siècle⁶⁰.

Ainsi, le célèbre arrêt *Rubin de Servens* de 1962 a permis au Conseil d'État de juger d'actes pris par le Président de la République, en vertu de l'article 16 de la Constitution⁶¹. Nombreux, ces actes étaient tous formellement réglementaires puisque leur auteur était le Président de la République⁶². Le problème était donc de savoir si la totalité des actes pris par le Président étaient susceptibles d'être contrôlés par le Conseil⁶³. La Haute assemblée distingua alors de l'ensemble des actes présidentiels ceux relevant du domaine réglementaire, et donc de sa compétence, et ceux relevant du domaine législatif. Aidé en cela par la définition formelle du domaine de la loi (l'article 34 de la Constitution), le Conseil d'État utilisa le critère matériel de l'objet pour différencier les actes relevant de l'un ou l'autre domaine⁶⁴. Cette jurisprudence s'est appliquée également aux ordonnances prises au cours de

⁵⁹ Voir *supra* note 22.

⁶⁰

[?] On peut citer, à titre d'exemple, les arrêts *Brousse*, CE, 30 juillet 1880 (relatif aux décrets du Premier Empire), *Rec.* p. 704 ou *Languellier* 28 mars 1885 (relatifs aux actes du « gouvernement de Défense nationale » en 1870), *Rec.* p. 389.

⁶¹

[?] CE, Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, *Rec.* p. 143, *GAJA*, n°83, p. 550.

⁶²

[?] Ainsi que le souligne le commentateur au *GAJA*, pp. 554-555 : « dans le cas des décisions prises en vertu de l'article 16 [...], il s'agit de décisions dont l'apparence formelle est toujours la même, bien qu'elles soient ou puissent être de nature fort diverses ».

⁶³

[?] Nous écartons ici de notre étude le problème, généralement retenu, de la compétence du Conseil d'État pour contrôler la décision du Président de la République de mettre en application l'article 16 de la Constitution (jugé comme un acte de gouvernement).

⁶⁴

[?] Il s'agissait en l'espèce d'un acte créant un nouvel ordre de juridiction et instituant des règles particulières de procédure pénale, acte qui « porte ainsi sur les matière législatives » de l'article 34 (Considérant 2).

la période transitoire organisée par l'ex-article 92 de la Constitution⁶⁵, mais aussi aux ordonnances prises sur habilitation législative en vertu de l'article 38 de la Constitution, avant leur ratification⁶⁶. Citons enfin le cas des ordonnances prises en vertu d'une habilitation référendaire, alors qu'une ratification législative n'était pas prévue⁶⁷. On peut retenir de ces jurisprudences que, depuis le début de la V^{ème} République, le Conseil d'État utilise naturellement le critère matériel d'identification en cas de confusion des pouvoirs.

Pour en revenir au Conseil constitutionnel, l'interprétation qu'il a effectuée en 2003 et le soutien de la doctrine majoritaire à cette jurisprudence peuvent sembler paradoxale avec l'interprétation du contrôle de constitutionnalité des lois, tel qu'il est justifié depuis plus de 30 ans. On remarque en effet que, pour identifier la même norme, la Constitution ou plutôt le bloc de constitutionnalité, les deux critères formels et matériels, pourtant opposés, sont utilisés alternativement.

Le Conseil et la doctrine utilisent le critère matériel pour identifier les normes constitutionnelles lors du contentieux ordinaire (A), les causes de cette contradiction tenant à l'appréhension de la souveraineté (B).

A) L'UTILISATION ACCEPTÉE DU CRITÈRE MATÉRIEL POUR JUSTIFIER LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS ORDINAIRES

Lorsque le Conseil constitutionnel s'est posé en « gardien des libertés », en 1971, il effectua un contrôle des lois ordinaires par rapport au bloc de constitutionnalité qu'il identifia par le biais du critère matériel (1). Même en matière de lois référendaires, le contrôle a pu, un temps, revenir sur le critère organique qui avait été posé en 1962 (2)

⁶⁵

[?] CE Sect. 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. p. 101.

⁶⁶

[?] CE Ass. 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. p. 658.

⁶⁷

[?] CE Ass. 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. p. 552. Selon cette jurisprudence, le fait que le Président de la République puisse, par voie d'acte formellement réglementaire, des ordonnances, arrêter « toute mesure législative » (selon les termes de la loi d'habilitation du 14/04/1962), n'implique pas la nature législative systématique de ces ordonnances. Une identification matérielle est dès lors nécessaire pour contrôler sa nature.

1°) L'identification du bloc de constitutionnalité grâce au critère matériel

Depuis que le Conseil constitutionnel a, dans sa célèbre décision *Liberté d'association*⁶⁸, identifié, par le biais d'un contrôle *in concreto*⁶⁹, la valeur du Préambule de la Constitution comme celle d'une norme constitutionnelle, la Haute Juridiction utilise un critère matériel pour identifier les normes constitutionnelles, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. En effet, formellement, le Préambule ne faisait pas partie des normes constitutionnelles jusqu'en 1971, cette hypothèse ayant même été expressément rejetée lors des travaux préparatoires devant le Comité consultatif constitutionnel⁷⁰. Or, le Conseil a alors non seulement affirmé la valeur constitutionnelle de deux normes sorties de l'ordre juridique français, depuis 181 ans pour la première et 13 ans pour la seconde, mais aussi des fameux « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », à l'origine de la décision de 1971.

L'identification de ces principes constitue l'élément le plus caractéristique de l'utilisation du critère matériel par le Conseil. Le débat à leur sujet fut à la hauteur de « l'audace » de la Haute Juridiction. A l'origine, ces principes semblaient tellement difficilement identifiables en droit positif que le Doyen Favoreu put affirmer qu'ils « constitu[ai]ent désormais un moyen commode pour désigner tout ce qui a valeur constitutionnelle sans être vraiment inscrit dans la Déclaration des droits et dans le Préambule de 1946 ou pour opérer la synthèse entre des dispositions répétitives ou complémentaires. En fait la notion importante n'est plus celle de PFRLR mais de "principe à valeur constitutionnelle" »⁷¹. Un peu plus loin, le Doyen Favoreu explicitait l'utilisation par le Conseil du critère matériel : « Le Conseil constitutionnel va désormais utiliser cette notion pour désigner, de manière générique, toutes les normes qui, *sans être contenues dans le corps même de la Constitution*, ont rang constitutionnel »⁷². Le Conseil identifia donc ces normes constitutionnelles par le biais du contenu de la norme or, le Préambule, de par son renvoi à des textes de nature énonciatrice de droits fondamentaux, rentrait parfaitement dans le cadre

⁶⁸

[?] 44-71DC, *GDCC* n° 19, p. 252.

⁶⁹

[?] FAVOREU (L.), *in GDCC*, p. 244.

⁷⁰

[?] « Lors des travaux préparatoires, à M. Dejean, qui lui demandait "pour les auteurs de l'avant-projet le Préambule n'a [...] pas valeur constitutionnelle ?", le commissaire du Gouvernement R. Janot, avait répondu : "certainement non" » (Avis et Débats du CCC, p. 101), cité, *in GDCC* n°19, p. 247. Voir également l'analyse du Professeur Pfersmann, *in FAVOREU (L.) et alii, op. cit.*, p. 97.

⁷¹ FAVOREU (L.), « Chronique constitutionnelle française », *in RDP*, 1978, p. 839.

⁷² *Idem*, p. 840, nous soulignons.

du droit constitutionnel matériel français⁷³. Mais les critiques de « gouvernement des juges » ayant été nombreuses, tant de la part des hommes politiques que d'une partie de la doctrine⁷⁴, le Conseil a, *ultérieurement*, justifié cette utilisation des PFRLR par un certain nombre de critères qu'il était censé s'être auto-appliqué auparavant⁷⁵. Malgré cette clarification par des critères induisant, reconnaissons-le, plus une délimitation temporelle que formelle, le critère d'identification de ces principes semble toujours rentrer dans la catégorie « critère matériel » au sens qu'en avait donné le Doyen Vedel en 1954⁷⁶.

Or la majorité de la doctrine, exception faite des auteurs tenants de l'interprétation réaliste, a adopté et a même diffusé ce raisonnement pour justifier le contrôle de constitutionnalité des lois. La quasi-totalité des ouvrages ou manuels de droit constitutionnel reprend d'ailleurs cette construction jurisprudentielle. Le Doyen Vedel avait lui-même démontré la justesse du raisonnement du Conseil, notamment du fait que le juge constitutionnel n'était pas lié par les travaux préparatoires et les débats qui eurent lieu lors de la préparation de la Constitution⁷⁷.

⁷³ Hans Kelsen définissait ainsi le droit constitutionnel matériel : « on entend traditionnellement par Constitution – au sens matériel –, non seulement les règles relatives aux organes et à la procédure de la législation, mais encore celles qui ont trait aux organes exécutifs suprêmes, et, en outre, la détermination des rapports de principe entre l'État et ses sujets, - par quoi on désigne simplement le catalogue des droits fondamentaux », KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la constitution », *in RDP*, 1928, p. 207. La quatrième composante généralement admise par la doctrine étant la forme de l'État : centralisé, fédéral mais aussi République ou Monarchie.

⁷⁴ Notamment Michel Troper et l'école de l'interprétation réaliste du droit, lire, entre autre, son article intitulé « justice constitutionnelle et démocratie », *in RFDC*, 1990, pp. 31 à 48.

⁷⁵ Depuis la décision 88-244 DC du 20 juillet 1988 (*Rec.* p. 119), le Conseil a, en effet, donné trois éléments d'identification à ces principes (considérant 12) : les lois doivent être issues d'une tradition républicaine, ce qui exclut la restauration, les empires et « l'État français » de Pétain. De même, cette législation doit être intervenue « avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946 » (ce qui, dans les faits, limite ces fameux principes à la III^{ème} République). Il ne doit enfin pas exister une seule exception à la tradition qui s'est formée, car si une loi « s'est écartée de cette tradition, [celle-ci] ne saurait être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1946 ». Dans sa décision 93-321 DC du 20 juillet 1993, *RJC* I-529, le Conseil a enfin rajouté une quatrième condition : le caractère suffisamment général et non contingent de la norme contenue dans les lois de la République

⁷⁶ Les problématiques récurrentes en la matière sont d'ailleurs loin d'être résolues : pourquoi reconnaître certaines lois de la III^{ème} plus que d'autres ? On s'interrogera également sur la délimitation de certains PFRLR ainsi que sur leur origine, sur ce point lire LEVADE (A.), « L'objectif à valeur constitutionnelle, 20 ans après (réflexions sur une catégorie juridique introuvable) », *in Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, notamment p. 895 où l'auteur qualifie d'« acrobatique » le raisonnement ayant conduit à consacrer la liberté d'enseignement en tant que PFRLR en se fondant sur l'article d'une loi de finances rectificative de la III^{ème} République.

⁷⁷ Cf. rapport VEDEL (G.) au colloque « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence » Conseil constitutionnel, 25-26 mai 1989, cité *in GDCC*, p. 248.

Notons par ailleurs que, depuis la décision 512 DC du 21 avril 2005⁷⁸, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, pour les lois ordinaires, le Conseil semble revenir à un critère matériel d'identification. La décision du 30 juillet 1982 *Blocage des prix et des revenus*⁷⁹, avait, selon l'expression du Doyen Favoreu, ruiné « définitivement la conception matérielle de la loi »⁸⁰ en définissant la loi « comme l'acte voté par le Parlement selon certaines formes, sans prendre en considération la matière sur laquelle porte l'acte »⁸¹. Cette jurisprudence, maintes fois confirmée par la suite⁸², consacrait donc bien un critère formel d'identification normative : tout acte du Parlement était considéré comme une loi, peut importe qu'il respecte ou non son domaine défini par l'article 34 de la Constitution. Or, dans sa décision de 2005, le Conseil semble avoir amorcé un nouveau revirement de jurisprudence⁸³, quoique plusieurs années seront sans doute nécessaires avant de pouvoir proclamer le retour de la conception matérielle de la loi. On peut, en effet, nuancer cette jurisprudence de 2005 : plutôt que d'affirmer l'obligation pour le législateur de respecter le domaine de la loi défini à l'article 34 ou de respecter un hypothétique domaine réglementaire autonome du gouvernement, le Conseil déclare « seulement » le « caractère inconstitutionnel de l'absence de portée normative ou de la portée normative trop incertaine de la loi »⁸⁴. Plus qu'un critère matériel, c'est d'un critère de normativité dont il donc question. Or, l'utilisation de ce critère, ainsi qu'il l'a été souligné par la doctrine, tient plus à des circonstances politiques factuelles qu'à un véritable souci normativiste⁸⁵. On laissera néanmoins de coté les

78

? Décision 2005-512 DC du 21 avril 2005, *JORF* du 22 avril 2005, p. 7173.

79

? 82-143 DC, *Rec.* p. 57, *RJC* I-130, *GDCC* n°33.

80

? *GDCC*, p. 539.

81

? *Ibidem*.

82

? De la décision 162 DC du 19 juillet 1983 *Démocratisation du secteur public*, *Rec.* p. 49, *RJC* I-157, à la décision 2000-439 du 16 janvier 2001, *Rec.* p. 42.

83

? S'il est confirmé, ce sera en effet le 2^{ème} revirement puisque, avant 1982, le Conseil utilisait déjà le critère matériel : depuis la décision 64-27 DC du 18 décembre 1964, *Rec.* p. 29, *RJC* I-14, jusqu'à la décision 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.* p. 46, *RJC* I-83.

84

? PINI (J.), « Jurisprudence constitutionnelle, commentaire de la 2005-512 DC », *in RFDC* n° 65, janvier 2006, p. 159.

85

? Ces critiques, qui sont récurrentes depuis une vingtaine d'années et que nous ne pouvons développer ici, sont celles dues notamment au Président du Conseil, concernant un prétendu « droit mou », *idem*, p. 161. Il nous semble pourtant difficile de trouver une justification théorique à ce nouveau rôle que le Conseil endosse si hardiment : en quoi une Cour constitutionnelle a-t-elle à s'occuper de la qualité de la loi, alors que ce rôle, rédactionnel, est dévolu au Parlement et notamment à la Commission des lois ? Cet objectif de clarté de la loi rentre-t-il réellement dans le cadre du droit constitutionnel normatif ?

critiques de cette jurisprudence, que nous ne pouvons développer ici⁸⁶, pour retenir l'habilité que possède le Conseil à jongler avec l'un ou l'autre critère, selon ses objectifs.

2°) *L'utilisation incertaine du critère matériel en matière de lois référendaires*

Le rejet du critère formel d'identification des normes constitutionnelles par le Conseil constitutionnel se perçoit également dans la possibilité pour la Haute Juridiction de contrôler une loi modifiant un acte référendaire ; dans cette matière, un rappel de la jurisprudence du Conseil semble nécessaire pour étayer notre argumentaire.

Dans sa célèbre décision *Loi référendaire* du 6 novembre 1962⁸⁷, le Conseil avait déjà opéré une interprétation stricte de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, interprétation semblable, dans l'utilisation du critère formel d'identification, à la décision de 2003. Il avait en effet affirmé qu'« il résulte de l'équilibre des pouvoirs établis par la Constitution que les lois adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum constituent l'expression de la souveraineté nationale »⁸⁸. Le Conseil opéra ici une distinction formelle entre les lois référendaires et les lois parlementaires, par le biais du *critère organique* d'adoption de la norme formellement législative. La doctrine a justement analysé que « le refus du Conseil constitutionnel de se reconnaître compétent ne tient nullement au fait que la loi porte révision de la Constitution mais au fait que la loi a été adoptée par le peuple »⁸⁹. Donc, dès 1962, le Conseil avait consacré une identification formelle de la norme de révision constitutionnelle⁹⁰.

Ainsi que le démontre Mme Fatin-Rouge Stéfanini, « l'étude du droit comparé permet de tirer [cet] enseignement : le fait que le contrôle de la constitutionnalité des lois référendaires ne soit pas spécifiquement prévu par la Constitution ne signifie pas qu'il est exclu »⁹¹. En effet, il est possible de nuancer la portée de la décision de 1962, voire

⁸⁶

[?] Pour un aperçu des autres problèmes posés par la jurisprudence de la 512 DC, se reporter à PINI (J.), *op. cit.*, pp. 162 à 164.

⁸⁷

[?] 62-20 DC, *Rec.* p. 27, *RJC* I-11, *GDCC* n° 13, p. 171.

⁸⁸

[?] Considérant n° 2.

⁸⁹ GONDOUIN (G.), « Le Conseil constitutionnel et la révision de la Constitution », *in RDP*, n° 2-2001, p. 520.

⁹⁰

[?] Norme constitutionnelle *de fait* puisqu'elle était réalisée non pas sur le fondement constitutionnel de l'article 89, mais sur le fondement « gaulliste » de l'article 11.

⁹¹

[?] FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), *Le contrôle du référendum par le juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 56. Cet auteur donne l'exemple des Constitutions italienne, irlandaise ou slovène où ce contrôle s'avère possible malgré que cette disposition ne soit pas prévue dans la Constitution.

d'interpréter sa jurisprudence postérieure comme revenant sur l'utilisation de ce critère. Avant toute chose, notons que l'utilisation de l'article 11 pour modifier la Constitution semble être une procédure désuète dans la pratique, puisque les Présidents de la V^{ème} ne s'en sont plus servi depuis 1969⁹², et ce, malgré une doctrine politique devenue classique pour tout exécutif hostile au Sénat⁹³.

De plus, la jurisprudence du Conseil en matière de contrôle de constitutionnalité des lois référendaires ne se limite pas à celle des lois référendaires constitutionnelles. Les conséquences de la jurisprudence de 1962 auraient dû être doubles : premièrement, le Conseil aurait dû logiquement reconnaître l'impossibilité de contrôler toute loi adoptée par référendum, qu'elle soit de nature constitutionnelle ou législative. Secondement, il aurait dû être impossible pour une loi parlementaire d'abroger ou de modifier une loi référendaire du fait de la supériorité du législateur populaire et de la nature constitutionnelle par nature de ces lois. Or, dans une décision du 14 juin 1976⁹⁴, à propos d'une loi organique venant modifier la loi référendaire de 1962, le Conseil a admis cette possibilité puisqu'il effectua un contrôle de cette loi. La souveraineté de l'acte législatif référendaire en 1962 ne pouvant avoir disparu avec l'action du temps, la conséquence de cette jurisprudence était une remise en cause indirecte de la décision de 1962. Mais la décision *Maastricht III*⁹⁵ a confirmé, certes avec une justification légèrement différente⁹⁶, l'impossibilité pour le Conseil de contrôler un acte référendaire. Néanmoins, la jurisprudence de 1976 a été confirmée pour les lois ordinaires par la décision du 9 janvier 1990⁹⁷, dans laquelle les requérants soutenaient que les dispositions en question, en modifiant la loi du 9 novembre 1988⁹⁸, étaient contraires aux articles 3 de la DDHC⁹⁹ et de la Constitution. Le Conseil a, encore une fois, accepté de contrôler la constitutionnalité de la loi, contrairement à ce qu'aurait pu laisser penser sa décision de 1962 :

⁹²

[?] Ou plutôt, cette procédure est désuète depuis le départ du pouvoir du général de Gaulle.

⁹³

[?] Ainsi François Mitterrand a écrit, à propos de l'utilisation constitutionnelle de l'article 11, « l'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89 », in *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 138.

⁹⁴ Décision n° 76-65 DC du 14 juin 1976, *Rec.* p. 28, *RJC* I-38.

⁹⁵ Décision 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Maastricht III*, *Rec.* p. 94, *RJC* I-511, *GDCC* n° 45.

⁹⁶ Dans cette décision, le Conseil s'est basé sur « l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution », ce qui tend à reconnaître au peuple la qualité de pouvoir public. Se reporter à *GDCC*, n° 14, p. 178 à 180.

⁹⁷ Décision n° 89-265 DC *Amnistie en Nouvelle-Calédonie*, *Rec.* p. 12, *R.J.C.* I-377.

⁹⁸ Promulguée à la suite du référendum du 6 novembre 1988 sur le statut de la nouvelle Calédonie.

⁹⁹ « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

« le principe de souveraineté nationale ne fait nullement obstacle à ce que le législateur, statuant dans le domaine de compétence qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, modifie, complète ou abroge des dispositions législatives antérieures ; *qu'il importe peu à cet égard, que les dispositions modifiées ou complétées ou abrogées résultent d'une loi votée par le Parlement ou d'une loi adoptée par voie de référendum* ; qu'il incombe simplement au législateur, lorsqu'il exerce son pouvoir d'abrogation de la loi, de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels »¹⁰⁰.

Nous sommes donc bien en présence d'un critère d'identification matériel de la loi référendaire puisque le critère formel, l'adoption par référendum, qui aurait dû empêcher le contrôle de constitutionnalité de la loi, est écarté par le Conseil dans son raisonnement.

Pour conclure sur ce point, on peut interpréter cette jurisprudence constitutionnelle comme essentiellement pragmatique et délimitée temporellement ; le Conseil n'est finalement pas revenu sur sa décision de 1962, ce que tendrait à prouver la décision *Maastricht III* mais aussi *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*. La Haute Juridiction réserve l'utilisation du critère organique d'identification uniquement lors de l'entrée en vigueur de la norme. Si, par la suite, le Conseil se trouve obligé de réexaminer la loi référendaire, il utilisera néanmoins le critère matériel, se conformant ainsi à sa jurisprudence classique.

B) LES CAUSES DU REJET DU CRITÈRE MATÉRIEL D'IDENTIFICATION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

Il existe, selon nous, deux causes à cette utilisation du critère formel pour identifier les lois constitutionnelles : la prétendue nature souveraine de ces dernières tout d'abord, souveraineté que l'on peut comparer à celle dont bénéficiaient les lois sous les anciennes Républiques (1), mais également, l'utilisation du critère formel comme critère d'effectivité de la hiérarchie des normes dans la théorie kelsénienne (2).

1°) Le transfert du dogme de la souveraineté des lois aux révisions constitutionnelles

¹⁰⁰

[?] Considérant n° 8, nous soulignons.

Le critère matériel d'identification prévaudrait pour les normes organiques¹⁰¹, référendaires¹⁰², constitutionnelles¹⁰³, mais pas pour l'identification des lois constitutionnelles. Ce paradoxe peut s'expliquer par le remplacement du dogme de la volonté générale par celui de la souveraineté nationale. Il existe, en effet, une similitude entre la notion de « volonté générale » sous la III^{ème} République et celle de « souveraineté nationale » sous la V^{ème}. Il s'agit, dans les deux cas, d'un qualificatif du caractère absolu d'un acte adopté par le Parlement, par le biais d'une interprétation formelle. De fait, ce dernier ne peut être limité, encadré ou contrôlé par un juge. La loi constitutionnelle est ainsi conçue comme illimitée sous la V^{ème} comme la loi ordinaire sous la III^{ème}.

« On remarquera tout d'abord que s'agissant de l'argument tiré de la souveraineté du pouvoir constituant [dérivé], la souveraineté du pouvoir législatif a longtemps été affirmée aussi comme un dogme, et cela jusqu'à une époque récente, notamment par ceux-là même qui, aujourd'hui, estiment que le juge constitutionnel ne va pas assez loin dans le contrôle du législateur et qu'il faudrait élargir ou assouplir les conditions de la saisine. Ne pourrait-on voir se dessiner à plus ou moins longue échéance la même évolution pour le pouvoir constituant ? »¹⁰⁴

Le Doyen Favoreu souligna ainsi l'antinomie entre la conception matérielle qui caractérise le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires et organiques (et des règlements d'assemblée dans une moindre mesure) et la conception formelle qui caractérise le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. On peut affirmer qu'il y a eu comme *un transfert de l'interdit entre les Républiques*. Cette conception est partagée par une partie de la doctrine, pour laquelle, suite à la décision du 26 mars 2003, le pouvoir de révision « est souverain au sens où l'on entendait le principe de souveraineté de la loi avant l'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois en France »¹⁰⁵.

Ainsi, dans sa décision du 26 mars 2003, le Conseil constitutionnel ne prend pas en compte les mécanismes classiques d'identification normative pour qualifier la loi constitutionnelle. L'étude des critères d'identification des normes par le Conseil montre l'incohérence qui résulte de sa construction jurisprudentielle, dans sa globalité. Or, pourquoi,

¹⁰¹

? Décision *Redevance Radiotélévision*, précitée.

¹⁰²

Décisions de 1976 et de 1989, précitées.

¹⁰³

?

En tant que norme de référence depuis *Liberté d'association*.

¹⁰⁴

?

FAVOREU (L.), « Supraconstitutionnalité et jurisprudence de la juridiction constitutionnelle en droit privé et en droit public français », in *Journée de la société de législation comparée*, vol XV, journée d'étude franco-italienne, « la supraconstitutionnalité », Rennes, les 7-10 octobre 1993, p. 466 à 471.

¹⁰⁵

?

CHALTIEL (F.), *ibidem*.

dans cette décision, le Conseil ne contrôle-t-il pas la loi constitutionnelle, au risque de se faire « l'héritier » théorique de la III^{ème} République ? L'interprétation que nous proposons pour expliquer cette jurisprudence peut sembler paradoxale : le Conseil constitutionnel aurait utilisé un critère formel pour ne pas utiliser de critère matériel. Il aurait ainsi voulu clore le débat sur le fond en déclarant irrecevable le contrôle sur la forme. La Haute Juridiction considère en effet certainement que les révisions constitutionnelles sont *matériellement* souveraines et, par conséquent, insusceptibles de contrôle. Aussi, pour éviter tout débat sur la *nature* des lois constitutionnelles, qui aurait été sans aucun doute très vif, le Conseil a préféré « évacuer » le problème en se déclarant formellement incompétent. C'est encore un « lieu commun » de la pensée juridique française que le constituant ne peut mal faire, tout comme le législateur avant la seconde guerre mondiale ou le roi sous la monarchie et le Conseil n'a pas voulu s'attirer ici les critiques de la doctrine comme en 1992¹⁰⁶.

Sans rentrer dans la question de la nature des révisions constitutionnelles, on ne peut dénier que le critère formaliste est insuffisant pour identifier les normes en droit constitutionnel. Il n'existe donc qu'un seul moyen de différencier les actes normatifs du Parlement : par le biais de l'interprétation matérielle. Certes, la procédure du vote à la majorité des trois cinquièmes est bien une procédure spécifique qui conditionne la validité de la loi constitutionnelle¹⁰⁷. Seulement, cette forme particulière d'édiction normative n'entraîne aucune conséquence, tout d'abord quant à la valeur hiérarchique de la norme visée, ensuite quant à la compétence de contrôle du Conseil en la matière.

2°) *Le paradoxe kelsénien d'identification des normes et la question de la compétence formelle des Cours constitutionnelles*

La problématique de l'utilisation du critère formel en matière d'identification des normes constitutionnelles se trouve également à l'origine de la théorie du normativisme classique.

¹⁰⁶

? Cette position est d'autant plus surprenante que, ainsi que les commentateurs l'ont unanimement reconnu, s'il s'était déclaré compétent, le Conseil aurait certainement déclaré la loi constitutionnelle conforme à la Constitution. Or les revirements de jurisprudence des juridictions suprêmes sont généralement mieux acceptés s'ils ne censurent pas la loi ou l'acte déféré. Le Conseil a donc manqué ici une bonne occasion de s'aligner sur les démocraties constitutionnelles allemande ou italienne, qui n'ont d'ailleurs jamais annulé de révision constitutionnelle.

¹⁰⁷ Ainsi, on peut imaginer que si le Parlement avait adopté la loi constitutionnelle à la majorité absolue, le Conseil se serait, plus facilement, déclaré compétent pour contrôler la forme de la révision, et prononcer sa nullité.

Hans Kelsen a, en effet, posé comme condition primordiale d'effectivité de la hiérarchie des normes la distinction procédurale entre loi ordinaire et loi constitutionnelle. Outre la protection effectuée par une Cour constitutionnelle, cette distinction se prouve selon le caractère souple ou rigide d'une Constitution. Si la révision de la Constitution peut s'effectuer par le biais d'une loi ordinaire, donc par un vote à la majorité simple, la Constitution sera souple et la hiérarchie des normes risque d'être bafouée¹⁰⁸. Si la révision de la Constitution s'effectue par le biais d'une procédure formellement distincte du vote de la loi ordinaire, vote à la majorité qualifiée ou par le peuple, alors la Constitution sera rigide et la hiérarchie des normes sera respectée.

Le normativisme constitutionnel de Kelsen est donc bien *formel* puisque son critère d'effectivité est relatif au critère procédural d'adoption de la norme. Or, la théorie de la norme constitutionnelle, qu'il a également contribué à développer, repose sur la distinction théorique entre la Constitution matérielle¹⁰⁹ et la Constitution formelle¹¹⁰. Or cette distinction conduit logiquement à une supériorité de la Constitution matérielle sur la Constitution formelle¹¹¹. Cette supériorité de la Constitution matérielle sur la Constitution formelle ne conduit cependant pas, dans la théorie kelsénienne, à une utilisation renforcée du critère matériel par rapport au critère formel¹¹². Le juriste autrichien a même essayé de diminuer l'importance du critère matériel pour démontrer l'effectivité de la hiérarchie des normes : « Aussi distingue-t-on l'inconstitutionnalité formelle de l'inconstitutionnalité matérielle de lois. Cette distinction n'est admissible qu'avec cette réserve que l'inconstitutionnalité dite matérielle est en dernière analyse une inconstitutionnalité formelle, en ce sens qu'une loi dont le contenu est en contradiction avec les prescriptions de la Constitution cesserait d'être inconstitutionnelle si elle était votée comme loi constitutionnelle »¹¹³. La question de la primauté du critère

¹⁰⁸

? Voir développements sur la III^{ème} République en introduction.

¹⁰⁹ Voir *supra* la définition de Kelsen de la constitution matérielle en note 73.

¹¹⁰ « La Constitution n'est pas uniquement une règle de procédure mais aussi une règle de fond », KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *op. cit.*, p. 206.

¹¹¹

? Ainsi que l'explique le Professeur Pfersmann : « les deux définitions [matérielle et formelle] ne concernent pourtant que de manière aléatoire les mêmes ensembles et elles n'ont pas la même valeur, car d'une part la constitution matérielle est une donnée constitutive de tout l'ordre juridique alors que la constitution formelle en est une donnée contingente et d'autre part la définition de la constitution formelle suppose acquise celle de la constitution matérielle », *in* FAVOREU (L.) et autres, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 69.

¹¹²

? L'utilisation du critère formel dépend surtout de la qualité de la rédaction d'une Constitution : les Constitutions formelles comme celles de l'Allemagne ou de l'Espagne, de par leur complétude, seront moins dépendantes de leurs constitutions matérielles qu'en France où, notamment en matière de droit fondamentaux, l'insuffisance du texte formel a nécessité l'utilisation du critère matériel, ainsi que nous l'avons appelé plus haut.

¹¹³

matériel, en matière d'identification normative, semble pourtant certaine lorsqu'il existe une définition formelle de la nature ou du domaine d'une norme¹¹⁴.

Néanmoins, dans une conception purement kelsénienne du droit, traduire la question de l'ouverture ou de la fermeture de compétence du Conseil uniquement par l'analyse de son interprétation normative, laisse en suspend celle du statut constitutionnel de la Haute Juridiction. En d'autres termes, il faut se demander si la compétence formelle du Conseil constitutionnel, définie par la Constitution de 1958, ne lui interdirait pas certaines interprétations matérielles qui auraient comme conséquence de violer son statut constitutionnel.

Le problème concerne, selon nous, l'approche théorique de la justice constitutionnelle. En effet, on peut émettre l'hypothèse selon laquelle la compétence d'une Cour constitutionnelle tiendrait, en partie, plus à sa *fonction* qu'à son *statut* formel. Si les juridictions ordinaires ne peuvent « s'évader » de leur statut constitutionnel, la fonction particulière, au sein d'un État de droit, d'une Cour constitutionnelle, permettrait-elle une ouverture de sa compétence justifiant son contrôle à l'ensemble des actes normatifs pris par le Parlement ? Bien sur, la majorité des Constitutions modernes disposent d'un statut spécifique, déterminant l'étendue des compétences dévolues à leur juridiction constitutionnelle, mais cette inscription formelle de compétence souffre d'une critique, déjà soulignée par le Professeur de Béchillon :

«Un point particulier suppose néanmoins un instant d'attention. L'idée selon laquelle le juge constitutionnel posséderait par définition un statut *constitutionnellement inscrit*. En la forme et sans doute, cette vision reste superficielle. [...] Si tous les juges peuvent être l'objet d'une inscription constitutionnelle, il est possible d'identifier une juridiction constitutionnelle par son statut à la seule condition que ce statut établisse et protège un ensemble de compétences spécifiques de la justice constitutionnelle. Ce qui revient donc à définir la fonction de justice constitutionnelle par ceci quelle est assurée... par un organe exerçant en vertu de la Constitution, une fonction de la justice constitutionnelle »¹¹⁵.

Il existerait donc bien un ensemble de compétences spécifiques par nature des Cours constitutionnelles. D'ailleurs, si l'on s'en tient à l'analyse classique du Doyen Favoreu, le rôle du Conseil constitutionnel, l'« aiguilleur des compétences », serait « la régulation de l'activité

[?] *Idem*, p. 206.

¹¹⁴

[?] Il convient cependant de se demander si le fait de définir formellement une notion matérielle, comme la nature ou le domaine juridique d'un acte, ne constitue pas en soit une impossibilité logique.

¹¹⁵

[?] DE BÉCHILLON (D.), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives*, op. cit. , p. 179.

normative des pouvoirs publics ». Or, force est de constater que cet objectif trouve difficilement une justification dans une lecture stricte de la Constitution formelle de 1958. La compétence du Conseil pourrait donc être à rechercher dans son rôle de gardien de la Constitution, ou tout simplement de Cour constitutionnelle, plus que dans le statut défini strictement par la Constitution¹¹⁶.

On pourrait ainsi interpréter le terme « loi » de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution : comme nous l'avons souligné plus haut, trois types d'actes sont considérés comme des lois et le caractère identique de leur désignation formelle peut conduire à une identité générique de nature. Identité que l'on limiterait à un seul type d'auteur, le Parlement, mais aussi à une classe normative, infra-constituante. On pourrait même avancer l'idée que cette interprétation large de la compétence du Conseil constitutionnel serait proche de l'idée originelle des rédacteurs de la Constitution de 1958. En effet, rappelons que la mise en place du Conseil constitutionnel par le général de Gaulle s'inscrivait dans le cadre de la rationalisation du parlementarisme et avait pour but « de maintenir le législateur dans son domaine »¹¹⁷. C'était donc l'organe Parlement et, à travers lui, ses actes, qui étaient visés par le contrôle de constitutionnalité, et non deux types d'actes précis (loi ordinaire et organique).

On peut ainsi justifier que le Conseil, de par sa fonction d'assurer le respect de la Constitution face au Parlement, interprète largement l'article 61 de la Constitution et contrôle la constitutionnalité des lois constitutionnelles¹¹⁸.

*

* *

En conclusion, on peut retenir deux points de cette étude sur l'identification des normes par le Conseil constitutionnel :

¹¹⁶

[?] Cette conception large de la compétence de la Cour constitutionnelle rejoint ici la notion de *démocratie constitutionnelle*. Cette théorie trouve sa justification jurisprudentielle dans la décision 85-197 DC du 23 août 1985, *évolution de la Nouvelle-Calédonie* (Rec. p. 70), qui a posé le célèbre *obiter dictum* : « La loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (considérant n° 27). On peut élargir la portée de cette décision comme posant la règle selon laquelle une norme n'est valide que si elle est conforme à la (seule) décision souveraine : l'acte constituant. La notion de démocratie constitutionnelle comporterait donc deux composantes : le critère démocratique, que nous avons étudié en première partie, et un critère de compatibilité de l'ensemble du système juridique à son acte créateur. La justice constitutionnelle, envisagée ici comme moyen systémique, est donc la composante principale de cette conception moderne de la démocratie, où « la politique est saisie par le droit ».

¹¹⁷

[?] FAVOREU (L.) et *alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 272.

¹¹⁸

[?] « Dans l'idéal, le contrôle de constitutionnalité de l'ensemble des actes de portée législative paraît donc devoir former notre noyau dur [de la compétence des Cour constitutionnelles] », DE BÉCHILLON (D.), *op. cit.*, p. 182

Premièrement, la Haute Juridiction utilise alternativement le critère formel ou matériel pour qualifier les normes qui lui sont soumises. Critère matériel pour la norme de référence lors du contrôle de constitutionnalité des lois, critère procédural c'est-à-dire formel, lors du contrôle des lois constitutionnelles.

Secondement, on peut expliquer cette utilisation alternative par la mise en avant d'un critère d'ouverture ou de fermeture de compétence du Conseil. En effet, l'utilisation d'un critère formel, organique ou procédural, est significative d'un rejet de compétence du Conseil, alors que l'utilisation d'un critère matériel est significative d'un contrôle de constitutionnalité. Cette politique d'identification des normes est compréhensible, car elle permet au Conseil de limiter l'établissement d'une justice constitutionnelle effective et systémique, encore trop souvent synonyme de « gouvernement des juges ».

On peut déplorer que, préférant ne pas distinguer la *Grundsnorme* de la loi constitutionnelle, le Conseil, en utilisant le critère procédural d'identification, remette la nécessaire question du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles à un futur plus ou moins proche.