
Grands problèmes constitutionnelles contemporains

Introduction :

Le constitutionnalisme est un courant de pensée qui gagne au XVIII^e siècle et qui est un courant idéologiquement coloré par le libéralisme. Autrement dit, c'est la traduction par une Constitution ou dans une Constitution, dans le courant libéral du XVIII^e siècle. L'idée est que la Constitution est censée réaliser un projet libéral. En même temps, ce constitutionnalisme est un courant de pensée que l'on retrouve au départ porté par les britanniques, par les révolutionnaires français et par les américains.

Depuis, il s'est enrichi du développement du droit constitutionnel pour venir compléter cette approche du constitutionnalisme sans jamais quitter le libéralisme et parvenir à ce qu'aujourd'hui il recouvre environ 3 significations.

Ces 3 significations peuvent être datées :

- **Première définition** : l'idée qu'il faut dans un État un texte constitutionnel pour limiter le pouvoir. Ici, le constitutionnalisme s'est diffusé et a conquis l'ensemble des sociétés politiques. Dans certains États on peut avoir une Constitution sans qu'on ait un libéralisme politique. Ce cas de figure est paradoxal puisque l'histoire montre qu'une dictature ne parvient pas à vivre sans Constitution.
- Le caractère exceptionnels de ces États qui n'ont pas de Constitution au sens formel (ex: RU), il y a bien constitutionnalisme sans texte de Constitution.
- Si on souhaite qu'une Constitution limite le pouvoir, il faut que certain principe soit inscrit dans la Constitution qui affirme des principes issus du libéralisme politique pour que cela fonctionne. Notamment on pense aux respects des droits de l'homme et au principe de séparation des pouvoirs. (article 16 de la DDHC). Cet article 16 résume l'enjeu d'une Constitution dans un État et la philosophie du constitutionnalisme. Si on quitte ces deux piliers on peut aussi penser au principe de la démocratie et ses conditions d'existences. (droit de vote, suffrage universel, pluralisme politique, indépendance des médias)

La façon dont on doit organiser la séparation des pouvoirs est un marqueur du régime politique choisi par tel ou tel État ou régime politique. Il y a ici des études permanentes sur ces questions, l'habitude est de distinguer deux grands régimes politiques que sont des régimes présidentiels et parlementaires. Cette classification est toutefois très limitée. Autre problème, c'est qu'on observe depuis la fin de la seconde guerre mondiale un renforcement du pouvoir exécutif quelque soit l'État et le régime politique choisi. Ce phénomène est depuis quelques années mis en question en raison d'un phénomène plus récent de fragilisation des exécutifs. On se trouve actuellement devant un paradoxe problématique, c'est qu'on est dans une période d'aboutissement de 60 années de renforcement de l'exécutif et en même temps ces exécutifs sont fragilisés par un contexte assez récent d'éclatement de la représentation politique

On observe en Europe un recule des partis politiques traditionnels et l'émergence d'une nouvelle offre politique plurielle qui modifie totalement notre représentation soit d'un bipartisme ou la bipolarisation.

Le système de la V^e République fait que ce phénomène européen n'a pas empêché de constituer une majorité politique ferme à l'Assemblée nationale et n'a pas présenté de difficulté pour composer un gouvernement. Ce phénomène n'a pas eu comme conséquence en France de fragiliser un exécutif et ceci est dû à notre système de vote de majorité à deux tours.

Mais deux tiers des États européens sont gouvernés par une coalition, la coalition est la marque de cette fragmentation de la représentation politique. **Les gouvernements de coalition sont fragiles alors que les gouvernements majoritaires le sont moins.** Aujourd'hui, on a

majoritairement en Europe des régimes politiques avec un exécutif plus puissant mais faible en terme de représentation.

Exemple :

- La Belgique qui depuis décembre 2018 **vit sans Gouvernement**. Le Premier ministre belge a démissionné en automne 2018, des élections ont eu lieu en mai 2019 et la Belgique n'a toujours pas de Gouvernement parce que la représentation nationale de ces élections ne permet pas, par cette fragmentation du vote, une entente de coalition sur un Gouvernement.
- L'Espagne a vu son premier ministre du parti populaire renversé en juin 2017 et celui qui a pris la tête est Pedro Sanchez qui fut premier ministre sur la base d'une coalition qui représentait moins de 25% du Parlement. Ceci l'a obligé à opérer des coalitions mais cette succession d'alliances politiques n'a pas permis de résoudre cette crise politique et le Parlement s'est opposé au vote du budget général présenté par Pedro Sanchez et ceci a finalement conduit ce dernier à convoquer les élections anticipées qui ont eu lieu en novembre 2019 qui lui permettent de gouverner mais sous la contrainte d'une coalition.
- La Suède, depuis les élections de septembre 2018, connaît aussi un Gouvernement de coalition qui est minoritaire.

Ainsi, ce phénomène nouveau vient questionner ces principes libéraux puisqu'on constate que le principe de la séparation des pouvoirs et le fonctionnement du régime politique ne garanti pas un exercice libéral du pouvoir.

L'idée qu'il faut un juge constitutionnel qui vienne contrôler et exercer un contrôle de constitutionnalité des lois. Le constitutionnalisme s'est enrichi ces dernières années de ce contrôle de constitutionnalité des lois.

Partie I - Les débats renouvelés

Chapitre I - Les débats nouveaux sur la démocratie.

I. Le débat sur la place du peuple en démocratie - référendum

A. Le débat sur le référendum d'initiative partagée

Cette question revient beaucoup dans le champ constitutionnel et notamment dans l'actualité en ce moment. En France, il y a un ensemble de référendum prévu par la Constitution et depuis quelques mois c'est l'appel à un referendum d'initiative citoyenne défendu par les gilets jaunes. Cette question du référendum est ancienne et réapparaît à intervalle régulier avec comme idée que certes le but premier c'est de permettre à un peuple de se prononcer sur un projet de loi ou un projet de révision constitution voir de ratification d'un traité. Également, cela permet de consulter le peuple français entre deux élections or ce n'est pas le cas pour les élections locales.

Les politiques ont beaucoup chercher sur cette idée de faire réapparaître le peuple entre deux élections. C'est un enjeu démocratique dans le jeu constitutionnel mais il en va aussi pour certain de rééquilibrer les pouvoirs qui permet de freiner à minima cette majorité politique. Zarka philosophe vient enrichir la conception de la légitimité démocratique et estime que l'élection tous les 5ans n'est pas suffisante pour construire cette légitimité démocratique. Selon lui, cette légitimité démocratique se décline **en deux légitimité distinctes** :

- La légitimité **élective** —> tire sa source de l'élection par le peuple
- La légitimité **d'exercice** —> la légitimité durant le mandat, entre les élections. C'est celle-ci qui serait conférée par la consultation du peuple régulièrement durant le mandat.

La légitimité élective à longtemps dominé car elle est fonction de l'exercice du pouvoir notamment par la consultation du peuple à intervalle régulier.

Concernant l'histoire du référendum, la période importante où le referendum est apparu a été très débattue. C'est la période de l'entre-deux guerres avec Raymond Carré de Malberg. C'est un grand défenseur de la démocratie représentative et il est sensible à ce modèle là. Il va être déçu de cette III^{ème} République qu'il vit en critiquant les excès du parlementarisme. Il considère que la III^{ème}

République est totalement déséquilibrée au profit du pouvoir législatif. Le contre-pouvoir au législatif n'est pas l'exécutif donc **il souhaite plus pratiquer le référendum par une intervention du peuple afin de corriger le déséquilibre des pouvoirs.**

De ce fait, un grand nombre de constitution adoptée dans les années 30 consacrent pour la première fois le référendum et viennent élargir le référendum pour un référendum qui existait déjà. Finalement, cet enthousiasme pour le référendum va s'affaiblir avec une nouvelle idée en vogue en décidant de confier ce contre-pouvoir à une idée politique. On décide de confier au juge constitutionnel le contrôle des référendums donc on construit une démocratie dans laquelle même le peuple peut être contrôlé par une Cour Constitutionnel.

L'initiative populaire n'est pas un référendum mais toutefois il existe des referendums populaire d'où la confusion. **L'initiative populaire c'est l'idée selon laquelle le peuple est à l'origine d'un projet de loi.** Elle s'organise par une pétition et à partir d'un certain nombre de soutien ce projet arrive au Parlement. Par la suite, le Parlement décide si il vote ou pas. Lorsqu'on s'intéresse au referendum in fine, au résultat, or dans l'initiative populaire il peut ne pas y en avoir.

Il existe le referendum classique qui est au niveau de l'intuitive entre les mains du pouvoir public qui décide de soumettre au peuple qui décidera si oui ou non le projet est recevable. Également, il existe un référendum d'initiative populaire est dans sa procédure la plus démocratique qu'il soit. On a le peuple à l'initiative et à l'adoption, il est donc en début et en fin de procédure. L'initiative est souvent partagée, elle mène le Parlement et le peuple.

	Initiative	Vote
Procédure classique	Parlement/ Gvt	Parlement
Initiative populaire (XX)	Peuple	Parlement
référendum classique	Président de la République	Peuple
Ref d'initiative partagée	Président + peuple	Peuple
Référendum d'initiative citoyenne (XX)	Peuple	Peuple

Il existe le référendum constitutionnel qui portera sur une révision de la Constitution. Ce référendum est prévu à **l'article 89 de la Constitution** et est limité par le fait que la révision portant atteinte à la forme du gouvernement est interdite.

Il existe le référendum législatif qui permet d'adopter une loi via **l'article 11 de la Constitution**. Cet article 11 n'a cessé d'être élargi notamment en 1995 pour des questions relevant de la politique économique et sociale. En 2008, pour permettre un référendum sur des questions environnementales.

Enfin, le référendum local a été renforcé par une révision constitutionnelle en 2003 car avant il était possible pour un maire de consulter les habitants de sa commune pour des projets ou des problématiques. En 2003, le référendum local est introduit dans notre constitution. Désormais, c'est un véritable référendum et il est entre les mains de toutes les collectivités territoriales.

Sur le plan national, le **référendum d'initiative partagée** est en cours avec une phase de recueil de soutien contrôlé par le Conseil Constitutionnel. Ce référendum a été introduit dans la Constitution par la révision constitutionnelle de 2008. Cette révision a été portée sous la présidence de Nicolas Sarkozy, elle est très importante car les 3/4 de la Constitution ont été modifiées grâce à cette révision.

L'une des finalités que poursuivait cette révision c'était d'accroître la place des citoyens dans les institutions. Pour cela, il faut comprendre qu'une partie de cette révision s'adresse aux citoyens d'où la logique de créer la QPC en 2008.

L'article 11 alinéa 3 « »

Le cadre contraignant c'est les 1/5 du parlement et 1/10 des électeurs inscrits sur les listes électorales. Également, on ne peut soumettre une disposition législative en RIP si elle a été promulguée il y a moins d'1an. Cela avait pour but d'éviter un choc frontal permanent. Ces nouveaux alinéas de l'article 11 nécessitent l'adoption d'une loi organique qui allait permettre de préciser certains aspects de la procédure et cette loi organique n'a été adoptée qu'en 2013 et entrée en vigueur en 2015. Le RIP est utilisable en 2015 uniquement. Cette loi organique était indispensable notamment en vertu des nouveaux alinéas qui prévoient l'intervention du conseil constitutionnel en cours de procédure, cette nouveauté est inédite. Il existe désormais deux types de référendums qui sont organisés :

- Un aux mains du président
- Un aux mains du peuples et du parlement

La question qui se posait était « **Quels types de lois faisaient l'objet d'un référendum?** »

L'article 34 de la Constitution vient lister les domaines d'intervention de la loi. Il y a également des dispositions qui interdisent des actions. La loi du RIP est la même loi que dans la Constitution donc tout ce qui s'applique dans la procédure législative classique s'applique aussi au referendum d'initiative partagée. La procédure aussi nécessite quelques précisions de la loi organique :

Sur la question de la procédure, il y a 6 étapes importantes qui font de ce referendum partagé un référendum a part :

- **L'initiative est partagée entre les parlementaires et les citoyens.** L'initiative est d'abord impulsée par les Parlementaires. On aurait pu penser que l'initiative était d'abord citoyenne soutenue par des parlementaires. C'est d'abord une proposition parlementaire qui va être soutenue par la suite par les citoyens. La première étape est donc le dépôt d'une proposition de loi par les parlementaires et il faut qu'il y ait 1/5ème des parlementaires.
- **La seconde étape est que cette proposition de loi doit être contrôlée par le Conseil Constitutionnel.** C'est la première fois en France que l'on prévoit l'intervention du Conseil Constitutionnel en amont de la procédure référendaire. Le rôle du Conseil constitutionnel est d'être le juge du contrôle du vote référendaire. De plus, le Conseil Constitutionnel a toujours refusé de contrôler le contenu de referendum. Il y a sur cette question deux dates importantes : **1962 et 2003**. En 1962, le Conseil Constitutionnel a été saisi de la révision portée par le général de Gaulle qui prévoit que désormais le Président sera élu **par suffrage universel direct**. En 1962, le Conseil Constitutionnel est saisi par le président du sénat qui est en conflit avec De Gaulle et le CC va refuser de contrôler parce qu'il estime que ce changement dans la Constitution est le résultat de l'expression de la souveraineté du peuple français. Cette décision, qui d'un point de vue de la philosophie constitutionnelle et politique se comprend, laissait en suspend la révision constitutionnelle adoptée par le Congrès. En 2003, le Conseil Constitutionnel a été saisi d'une révision constitutionnelle adoptée par le congrès. Pourtant ici le Conseil Constitutionnel a maintenu le non-contrôle de cette révision constitutionnelle. Dans l'un ou l'autre cas, **la place du conseil constitutionnel est minime en matière de referendum**, c'est donc une grande nouveauté de prévoir l'intervention du conseil constitutionnel comme deuxième étape. L'idée évidente est de s'assurer que ne soit pas soumise à référendum une loi constitutionnelle. **Ce contrôle du CC n'existe pas lorsque le référendum est porté par le Président de la République.**
- Si c'est validé par le CC, on soumet cette proposition à la collecte de soutien par les citoyens. La Constitution prévoit que ce soutien doit représenter à 1/5 des électeurs inscrits sur les listes électorales, ce qui correspond à peu près à 4 millions 700 milles personnes.

Cette phase est celle d'aujourd'hui pour la première fois qui vise à empêcher la privatisation des aéroports de Paris. De plus, certains députés de la République en marche ne sont pas d'accord à cette privatisation. Le but de cette privation selon le Gouvernement est de faire rentrer de l'argent dans les caisses de l'État et donc cela signifie que des entreprises privées vont gérer les aéroports de Paris. Or, dans le préambule de la Constitution il y a un aliéna qui dit qu'un service public national ne peut

pas être privatisé. Cela consiste à qualifier le service portuaire de Paris comme service public national.

Notre Vè République n'empêche pas une opposition via le référendum d'initiative partagée. À partir du moment où le début du recueil de soutien est lancé il y a un délai de 9 mois pour obtenir les signatures.

- Retour vers le Conseil Constitutionnel qui va consister à vérifier la validité de ce nombre de soutien. Si ce contrôle est positif, on obtient les 4 millions 700 000 soutiens, donc le parlement a 6 mois pour débattre de cette question. Si au bout de 6 mois, l'assemblée ne fait rien alors il y a automatiquement referendum.

Quelques remarques :

Le contrôle du Conseil Constitutionnel va porter sur la **conformité de la loi** par rapport à la Constitution. Il faut comprendre que l'intervention du Conseil Constitutionnel est **automatique**, il n'est pas saisi. On peut relever 4 contrôles que va effectuer le CC à cette étape-là :

- Vérifier qu'on a bien une proposition de loi signée par 1/5 des parlementaires.
- Vérifier qu'on a bien à faire une proposition de loi qui rentre dans le champ de l'article 11 de la Constitution.
- L'article 11 pose une limite qui est de ne pas pouvoir soumettre a référendum une disposition législative adoptée depuis moins d'un an. Le CC a considéré que nous étions pas dans le cas d'une décision d'abrogation législatif.
- Le contrôle substantiel - Est-ce que le contenu de la loi viole la Constitution ? **C'est le contrôle le plus important.** L'idée est ici d'éviter que ce processus de référendum viole les libertés.

Il ne faut pas oublier que la Constitution prévoit qu'après le recueil de signature si la proposition revient entre les mains des parlementaires et qu'ils jouent le jeu de l'obstruction, au bout de 6 mois le Président convoque le referendum.

Enfin, si le référendum a lieu, la Constitution pose une dernière interdiction qui est l'impossibilité de faire un même référendum sur la même question dans un délai de 2ans.

II. Les référendums à l'étranger.

Il existe un référendum que nous ne connaissons pas en France, **c'est le référendum de veto.** Ce qui a été rejeté volontairement en France peut tout a fait être accepté dans les autres pays. En France, on évite de mettre en concurrence frontale la démocratie représentative et la démocratie directe.

Autrement dit, la Vè République a plutôt fait le choix d'être majoritairement dans la démocratie représentative et ponctuellement dans la démocratie directe, c'est soit l'un soit l'autre. Ceci est assez spécifique à la France, ailleurs c'est plutôt un mélange des deux qu'on va retrouver avec une possible opposition entre ces deux démocraties qui ne pose pas de problème chez nos voisins.

Le référendum de veto permet d'organiser **un référendum législatif, sur une loi, qui consiste pour le peuple à s'opposer à l'entrée en vigueur, d'un texte récemment adopté par le Parlement.** C'est un referendum qui existe par exemple en Irlande, au Danemark, et en Suisse. L'idée est d'empêcher l'entrée en vigueur d'un texte qu'à porté le Parlement.

Au Danemark, l'initiative de ce référendum de veto est entre les mains **des parlementaires de l'opposition.** 1/3 des membres du Parlement danois peut demander à ce qu'un texte qui vient d'être voté par ce même Parlement soit soumis dans les 3 jours à référendum. Il y a ici un encadrement très facile de cette procédure, **ce référendum ne peut pas s'appliquer pour tout ce qui est lois fiscale et de finance, c'est-à-dire tout ce qui touche aux deniers de l'État.**

En Irlande, le référendum est assez similaire dans sa logique mais la procédure est un peu différente. Ici, 1/3 des députés peuvent demander au Président irlandais de ne pas promulguer

une loi qui vient d'être votée tant que ce projet de loi n'a pas été validé par référendum. Cette proposition de loi ne sera promulguée qu'après approbation par le peuple. Le référendum peut être enclenché lorsque la loi concerne un sujet d'importance nationale et cet instrument n'a jamais été mis en pratique en Irlande.

En Suisse, ce référendum n'a été introduit qu'en 2003. Toutes les lois fédérales peuvent, dans les 3 mois qui suivent la publication, faire l'objet d'un référendum si cela est demandé soit par **50 000 citoyens suisses soit 8 cantons suisses**. Ce texte ne rentrera en vigueur que si le référendum lui est favorable. La logique suisse est une logique de demande de brevet et de confirmation, par les électeurs ou les cantons, l'idée est de s'assurer qu'on a à faire à une loi qui est soutenue par les parlementaires et par le peuple suisse.

Autre outils, **le référendum abrogatif**. Sur cette question, c'est plutôt l'Italie qui est coutumier de ce type de référendum. Ici, contrairement au référendum de veto, il n'y a pas de limite dans le temps. En revanche, il y a un point commun, c'est le fait d'organiser un maillage d'outils de représentation démocratique et directe sans penser à un quelconque conflit.

L'Italie connaît régulièrement des référendums abrogatifs, il doit être demandé soit **par 500 000 électeurs ou 5 conseils régionaux**. Cette abrogation peut être de deux sortes :

- **Abrogation totale** —> suppression de la loi dans son entier
- **Abrogation partielle** —> suppression de certains aspects de la loi

Ce référendum est prévu **à l'article 75 de la Constitution italienne**. La pratique de ce référendum est assez courante en Italie. De manière assez paradoxale, ce référendum a au départ plutôt été utilisé par des partis politiques minoritaires et qui utilisaient ce référendum comme un outil d'opposition à une majorité politique. Au milieu des années 80, l'usage politique du référendum a changé et de manière paradoxale ce sont des membres de la majorité politique qui sont souvent porteur de projet de référendum abrogatif dans le but de réformer les institutions lorsqu'on a faire à une loi très ancienne.

Par exemple, le sénat en Italie est élu au scrutin proportionnel, c'est donc une majorité politique qui par exemple dans les années 90 a voulu abroger la proportionnelle pour obtenir une majorité politique et ne pas se faire avoir par la proportionnelle.

La Cour constitutionnelle italienne joue un rôle important pour ces référendums. En effet, elle contrôle ces référendums du début à la fin et notamment y compris après référendum. Dans son contrôle, il y a des limites dont **l'interdiction de tout vide juridique**.

En 2017, il s'agissait d'un référendum lancé par les syndicats contre une réforme du droit du travail qui a donc été adopté, le but était de l'abroger. Ces lois prévoyaient que ces employeurs ne pouvaient pas appliquer le code du travail dans certaines circonstances.

II. Le débat sur la place du juge constitutionnel dans la démocratie

Les débats sur la démocratie sont les plus dynamiques dans le champ constitutionnel. Au cours du XX^e siècle, la réflexion sur la démocratie a été dominée par l'idée que la démocratie ne pouvait être que **formelle**.

L'idée étant que l'élection, la participation du peuple à la désignation des organes permettaient de garantir **l'émergence d'un régime démocratique**. Le débat est que la démocratie formelle ne suffit pas pour s'assurer du caractère démocratique du régime politique, c'est ici qu'émerge une autre idée de la démocratie, c'est la démocratie matérielle que l'on dit aussi démocratie substantielle.

Elle consiste à défendre l'idée que **la démocratie est aussi un régime politique qui protège les droits et libertés des citoyens**. De plus, cela est un régime politique qui a élaboré des lois dans le respect des droits et libertés des citoyens. Une des fonctions de ce contrôle est d'assurer et de contrôler le respect des droits et libertés.

L'idée qui émerge alors est que **le contrôle de constitutionnalité des lois viendrait enrichir la démocratie**. On constate alors en Europe et ailleurs l'émergence des Cours constitutionnelles, elle

se trouve particulièrement engagée du contrôle du respect des droits et libertés. **La QPC en France est une illustration, c'est un contentieux spécifique qui garantit les droits et libertés.** Il existe des pays voisins dans lesquels on retrouve des recours spécifiques qui garantissent également des droits et libertés. Ce contrôle de constitutionnalité des lois est cependant plus large que la garantie des droits et libertés mais cette garantie forme une part importante voir majeure dans sa mission.

Tout participe au constitutionnalisme libéral, c'est-à-dire un système protecteur des libertés. Il s'agit ici d'un constat que l'on peut faire, une convention à ce constitutionnalisme général. Ce contrôle permet de garantir le caractère démocratique du régime.

Ce principe aujourd'hui ne fait pas pleinement consensus, c'est la raison pour laquelle nous avons aujourd'hui un débat renouvelé qui se focalise sur la place du juge constitutionnel.

Au-delà de la démocratie libérale, deux illustrations démontrent une démocratie différente.

1. La première défend **le constitutionnalisme politique**, c'est l'idée qu'il peut exister une démocratie libérale sans juge constitutionnel. Au Royaume-Uni, il y a un constitutionnalisme mais également aux USA qui est défendu par une partie de la doctrine française.
2. La seconde défend l'idée **d'une démocratie libérale**, selon laquelle c'est le peuple qui choisit sa société, sans garantie de droit et liberté. C'est le modèle de certains pays de l'Est.

A. La défense sur le constitutionnalisme politique

Ce constitutionnalisme politique c'est le modèle britannique du système constitutionnel. C'est avant tout un courant de pensée et pour parler de courant de pensée on peut parler du **républicanisme juridique**. Ce courant de pensée s'oppose à un certain nombre de principes ou de philosophie du constitutionnalisme libéral.

Ce courant repose déjà sur une divergence philosophique sur la conception que l'on a de la liberté, celle du citoyen. L'idée dominante sur la question de la liberté est que pour garantir cette liberté, il faut que le pouvoir n'intervienne pas dans cet espace individuel d'autonomie. C'est donc une idée de liberté qui s'oppose d'une certaine façon à l'action politique, c'est parce que l'État agit moins et respecte cette sphère que la liberté est garantie.

Dans la pensée du républicanisme, cette idée de liberté est soutenue selon une non-ingérence du pouvoir. Ce courant porte l'idée que la liberté est la non-domination. La différence est qu'ici la vision de la démocratie dans ce respect de la liberté est que le jeu du pouvoir politique s'arrête là ou commence la liberté.

Ex - : contrôle des « fake news » par le juge constitutionnel. L'idée est que le Parlement est l'organe démocratique en France, c'est le jeu démocratique. L'idée du contrôle constitutionnel est que ce jeu démocratique a tout de même une barrière. Cette barrière sont les droits et libertés constitutionnels. Tout n'est pas possible même pour un organe élu démocratiquement.

Dans le républicanisme, la conception de liberté comme non-domination est que la liberté est de lutter contre toute domination dans le jeu démocratique. Il n'y a pas de représentation par le biais d'une frontière. **La démocratie doit offrir les outils d'action à chaque citoyen pour éviter dans le jeu démocratique l'adoption d'une loi qui viole une liberté.** Il n'est pas envisagé de confier le contrôle des droits et libertés par le juge constitutionnel mais de les défendre soi-même, la démocratie permet de se prémunir contre cette domination.

Également, le refus de distinguer politique et droit. Il y aura le champ politique de la décision et le moment du droit qui est un moment contraignant.

Dans le républicanisme, une conception des droits et politique est défendue et on considère que ces droits et libertés **sont le résultat d'une lutte politique ou de rapport de pouvoir politique.**

Cette opposition entre politique et droit qui est l'une des façons de représenter le modèle du constitutionnalisme, on considère que les droits sont obtenus via le jeu politique. Selon eux, le fait

que les droits et libertés font partis des délibérations démocratiques se justifient par le fait que les droits et libertés ne sont pas des normes dans une constitution mais **un ensemble de valeur qui se pondère et se définit**.

En d'autres termes, faire primer telles lois ou telles libertés est **un choix politique**. L'une des critiques qui est faite au contrôle de constitutionnalité des lois est **de confier à un juge le soin d'opérer cette conciliation entre valeur**. Le juge en d'autre terme ferait de la politique sans être un organe démocratique. C'est la critique la plus frontale que fait le républicanisme.

Le royaume-uni est le seul pays en Europe a ne pas connaître le contrôle de constitutionnalité des lois. Cette question est régulièrement en discussion en Angleterre. Au moment, où le royaume uni est entrée dans l'UE s'est posé la question de savoir si le contrôle de constitutionnalité ne devrait pas s'appliquer au vue du constitutionnalisme politique.

Il y a une autre idée que porte ce constitutionnalisme politique, c'est une **certaine conception de la citoyenneté**. Dans nos systèmes, avec un contrôle de constitutionnalité des lois a émergé l'idée par une partie de la doctrine que ce contrôle permettait un **enrichissement de la citoyenneté**, donc du statut du citoyen notamment par le système de la QPC. On parle de la « **citoyenneté contentieuse** » et l'idée qu'est a chaque fois que je défend mes idées devant un juge je participe à la préservation du régime démocratique.

Le citoyen n'est pas qu'un électeur mais également un justiciable donc je fais acte de citoyenneté. Cette façon de parler du système de constitutionnalité des lois est complètement balayé par le système du républicanisme politique. Les républicains pensent que le justiciable qui défend ses droits ne le fait pas au nom de tous mais pour **préserver un intérêt égoïste**. La critique est plus forte lorsque les républicains s'attaquent aux modalités du procès constitutionnel et ils disent que le juge prend sa décision en accordant peu de place au justiciable.

Il y a une culture de la controverse et du débat, la jurisprudence ou la procédure devant le conseil constitutionnel y compris en QPC est très critiquée et appréciée comme n'étant pas du tout comparable.

Un courant de la doctrine constitutionnalise défend l'idée que le contrôle de constitutionnalité des lois enrichies le statut du citoyen. Cette vision d'une citoyenneté contentieuse est contestée par le républicanisme car le procès ne ressemble en rien à de la démocratie. Cette critique a reçue un certain écho en France pour certains commentateurs de QPC, un auteur visait a dire que la QPC sert à certains intérêts et notamment certaines entreprises s'en servent pour défendre leurs intérêts en alléguant la préservation des droits et libertés.

Il s'agissait d'une société néerlandaise ayant passé un contrat s'engageant sur un marché prometteur qui allait s'ouvrir en face sur la conservation et l'exploitation du cordon ombilical. Le législateur français décide de faire marche arrière et de détruire ces cordons. Cette société néerlandaise se retrouve dans un contentieux et soulève une QPC en invoquant et en se fondant sur le droit des femmes a disposer librement de leur corps.

La Constitution est envisagée comme présentant deux caractéristiques dans les systèmes comme le notre, c'est-à-dire à contrôler de constitutionnalité des lois.

La Constitution, tout d'abord, **c'est la norme qui vient limiter le pouvoir politique**. La seconde caractéristique est que cette Constitution **se comprend désormais à travers les bouches des juges constitutionnels**. Lorsqu'il y a contrôle de constitutionnalité des lois, les juges sont devenus les interprètes authentiques de la Constitution.

Cette conception de la Constitution est complètement rejetée par la doctrine constitutionnalisme politique. C'est une approche de la Constitution qui est critiquée car elle ne permettait pas d'appréhender la constitution dans son rôle démocratique. Pour eux, il faut engager la constitution comme une norme d'habilitation. Ils estiment que la Constitution c'est du droit politique, une norme qui permet l'action politique et donne le pouvoir et rend effectif les décisions, qui organise le vote, qui repartit les temps de parole...Alors que dans notre système, la Constitution vient freiner le pouvoir politique.

Dans le républicanisme politique, elle ne vient pas stopper la démocratie mais au contraire elle l'a met en action. Une Constitution démocratique habite et distribue les pouvoirs autour de toutes les questions même celles des droits et libertés d'où le fait qu'il n'est pas de place pour un juge constitutionnel.

Cela signifie que la constitution dans le constitutionnalisme politique doit offrir des mécanismes, des procédures permettant le jeu démocratique. L'idée est que **la Constitution créer un système politique** et non un système juridictionnel. La Constitution est un texte sur les pouvoirs et non sur un texte relatif au droit.

Conclusion du républicanisme :

Ce que porte comme idée le républicanisme, c'est que l'avenir des droits et libertés doit se jouer devant un Parlement et non devant un juge constitutionnel. Dans ce républicanisme, l'importance du parlement est pluriel car il va protéger les droits par un contrôle poussé de l'exécutif. On a faire à quelque chose en marge de la France car les commissions parlementaires des autres États disposent d'un pouvoir d'enquête et de sanction beaucoup plus important qu'en France.

De plus, tous les Parlements dans le monde anglo-saxonne ont une commission parlementaire exclusivement consacrée au droit et liberté.

Également, **il y a l'idée de confier aux parlementaires la possibilité de saisir une AAI**, comme le défenseur des droits français, la culture majoritaire française est de pouvoir les saisir (CNIL, CSA...). Au Royaume-Uni, il y a un lien direct entre le Parlement et ces AAI.

Au sein du républicanisme, **le vote est très important**. Le Parlement doit être représentatif du peuple donc le **scrutin proportionnel est le plus fidèle représentant du peuple**.

Également, **la responsabilité politique est très importante car c'est le Parlement qui renverse le Gouvernement**. Une part de la doctrine républicaine constate l'affaiblissement de cette responsabilité, un seul renversement a eu lieu en France en 1962. En réalité, le fait majoritaire et le renforcement du pouvoir exécutif fait que cette responsabilité n'est pas la conception que l'on s'en fait. Elle est d'ailleurs fortement critiquée par les constitutionnalistes politiques. À la place de cette responsabilité politique émergerait la responsabilité pénale, par une judiciarisation de la vie politique. Les auteurs du constitutionnalisme politique critiquent ce phénomène par lequel la place du juge pénal qui s'accroît serait une intrusion de la justice dans la politique.

L'importance de la vertu, tout un ensemble d'outils visent à « purifier » la vie politique. Tout ce qui concerne les malversations politiques, il fait un arsenal politique fort pour empêcher la corruption, l'accaparement du pouvoir, encadrer le financement des partis politiques, lutter contre les conflits d'intérêts, encadrer le lobbyisme.

L'importance du peuple, on défend les systèmes de convention citoyenne, de tirage au sort, de référendum. L'idée est de permettre au peuple de surmonter d'une certaine façon la décision d'un juge, il ne faut pas que le juge ait le dernier mot.

B. La défense de la démocratie illibérale

Ce terme est très ancien que l'on doit à un politologue américain « **Zakaria** ». Il publie une revue où il emploie ce terme et en 2003 il est l'auteur d'un ouvrage entièrement consacré à cette notion : l'avenir de la liberté : la démocratie illibérale au USA et dans le monde.

Cette expression revient car en 2014 le 1er ministre hongrois a fait un discours retentissant en expliquant que ce dont la Hongrie avait besoin c'était de construire un État illibérale. **C'est un État qui ne place pas aux droits et libertés au sens de son organisation.**

Dès lors, va être reprise cette idée de démocratie illibérale. La véritable démocratie c'est celle qui laisse exprimer un peuple et de choisir d'être dans un système qui n'est pas nécessairement libéral.

Dans l'ouvrage de Zakaria, il démontre les progrès de la démocratie et fait un bilan du XX^e siècle. Cela consiste à montrer que le modèle de démocratie s'est très largement diffusé dans le monde. Il considère que c'est un tournant du XX^e siècle, il y a environ 65% des États convertis au modèle de la démocratie dans le monde. Pourtant, les libertés n'ont pas nécessairement progressé partout.

Zakaria note que le modèle de l'élection s'est très largement diffusé sans qu'on puisse pouvoir défendre l'idée que le champs du libéralisme ait progressé en même temps que les régimes se soient démocratisés. Le vote du peuple ne garanti pas un régime protecteur des libertés.

Il explique aussi que souvent les droits et libertés ont progressé hors du champ démocratique. Il revient sur toute l'histoire de la lutte des noirs aux USA. Il montre que le combat contre la ségrégation raciale a pu se réaliser grâce à des organes non démocratiques. Aux USA on a deux institutions qui sont moins démocratiques que les autres : **le Président et la Cour suprême.**

Zakaria rappelle que les combats de la ségrégations raciales ont été en réalité combattu par un décret pris dans les années 60 par Kennedy et surtout par la jurisprudence de la cour suprême qui a permis de mettre fin à ce principe. Il montre qu'il n'y a **pas d'équation automatique pour dire que la démocratie est égale à la liberté.**

Cette idée de démocratie libérale peut être considérée comme une contradiction et refait surface avec l'actualité notamment avec des parties politiques et gouvernements. (en Pologne, en Hongrie)

On à faire à des gouvernements qui de manière similaire, une fois arrivé au pouvoir, **on une stratégie qui est de porter atteinte ou d'affaiblir les cours constitutionnelles.** Le contrôle de constitutionnalité porte en lui une logique qui peut être questionné au regard de la notion de démocratie. Ce contrôle peut écarter une loi voir la censurer or la loi est la norme démocratique et ce contrôle est fait par dessous qui ne sont pas le produit d'une élection démocratique directe par le peuple.

Le contrôle de constitutionnalité porte donc en lui une tension constante au regard de la norme démocratique. Le contrôle du CC a les moyens de freiner un pouvoir politique, de plus ce contrôle a les moyens de contrer un pouvoir politique et donc de poser une limite au jeu démocratique.

Le cas de la Pologne :

Par exemple, c'est le cas de la Pologne qui depuis 2015 est dirigé par un **parti politique ultra majoritaire.** (LE PIS - parti de droite conservateur qui dirige la Pologne)

Le PIS s'est attaqué à la cour constitutionnelle puis à la cour suprême. La question que soulève la Pologne à l'égard de cette Cour commence par ce qu'on appelle **une crise politique en 2015 et qui va concerner la composition de la Cour constitutionnelle.**

Le 28 octobre se déroulent des élections législatives et le 12 novembre était prévu le début de la nouvelle législature. Ça signifie qu'on se retrouve dans une situation problématique. Le gouvernement précédent va nommer 5 juges nouveaux et le nouveau pouvoir en place (PIS) va nommer 5 juges nouveaux. Ici, va commencer le conflit constitutionnel le pouvoir précédent revendique le droit de nommer 5 nouveaux juges. On se retrouve dans une crise de paralysie car la composition de la CC devient inconnue et finalement c'est la Cour constitutionnelle elle-même qui va être saisi de cette question, au cours du mois de décembre 2015 elle va assez logiquement considérer que seuls 3 juges parmi les 5 sont validés.

La crise n'est pas terminée car les 3 premiers juges doivent prêter serment devant le président de la république mais ce dernier va refuser de recevoir le serment de ces 3 juges, ce qui signifie que ces nominations précédentes n'ont pas d'effet mais surtout que par ce geste le président s'est opposé à une décision de la Cour constitutionnelle.

Cette crise politique va contraindre à faire machine arrière au pouvoir politique, les nouveaux juges vont finalement entrer en fonction et l'attaque va prendre une tout autre forme car de manière plus insidieuse le fonctionnement interne du tribunal constitutionnel va consister à écarter ces juges de la formation du tribunal.

Dans un second temps, le PIS s'est attaqué à la Cour Suprême et cette attaque a pris une toute autre forme. Une loi a été adoptée en 2018 qui décide d'abaisser l'âge de la retraite des juges de 70 à 65 ans. Le PIS voulait en réalité se séparer des magistrats car cette mesure précisait la possibilité pour chaque magistrat de demander au Président de la République une dérogation pour rester membre de la cour suprême. Ici, on se sépare d'un tiers de la cour suprême et par le jeu des demandes individuelles on va pouvoir sélectionner et y réintroduire des juges favorables au parti politique en place.

Il y a un contentieux entre l'UE et la Pologne. **L'UE défend la démocratie libérale** donc par conséquent la démocratie illibérale vient heurter le modèle défendue par l'UE. Cette question soulève des conflits et des controverses. Également, à ce conflit interne s'ajoute à un conflit entre la Pologne et les institutions européennes.

L'UE est en cours de réflexion et de redéfinition de ses outils et de ses moyens qui vise à préserver la démocratie libérale. Le traité de l'UE débute par la définition d'un certain nombre de valeurs qu'aurait en partage les états membres de l'UE. Cela signifie que nous avons dans les traités européens des dispositions qui expliquent que l'UE est l'union des états européens qui partagent certaines valeurs.

L'article 2 TFUE énonce que « **l'union est fondée sur les valeurs de la liberté et la démocratie** ».

L'UE affirme quelle est une l'union d'État qui partage certaines valeurs. L'Europe s'est dotée d'outils qui sont censés lui permettre de préserver dans cette Europe les valeurs qui sont mentionnées dans le traité. Il y a en particulier trois outils dont dispose l'UE pour préserver les valeurs des libertés.

- Le 1er outil est **la procédure en manquement** qui permet à la commission européenne de saisir la CJE pour faire contester par la CJE qu'un État ne respecte pas le droit européen. La limite de cette procédure est qu'elle n'est pas spécifique pour les valeurs, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas dire que tel ou tel État a violé le principe de la démocratie. **Il faut que la commission argumente pour démontrer qu'une règle précise du traité a été violée.** D'un point de vue juridique, ça rend les choses un peu complexe, il faut que la commission allègue la violation d'une disposition précise du traité de Lisbonne. Cette procédure en manquement n'est pas particulièrement adaptée.
- L'article 7 du traité de Lisbonne prévoit plusieurs mécanismes qu'il faut envisager comme étant des mécanismes qui vont de la simple alerte à la sanction. Le premier alinéa donne la possibilité au Conseil Européen de constater à la majorité des 4/5èmes de ses membres un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Ce mécanisme est préventif puisqu'il va être mis en œuvre quand il existe un risque, il a vocation à s'appliquer avant la réalisation de la violation d'une des valeurs inscrites à l'article 2 du traité.

En ce qui concerne **l'alinéa 2 de l'article 7** cela permet de constater l'existence d'une violation grave et persistante de ces valeurs inscrites à l'article 2. Ce constat doit être fait à l'unanimité du conseil européen. En ce qui concerne le 3ème alinéa, il prévoit la possibilité de suspension de certains droits de l'État membre et cet alinéa va pouvoir traduire le système d'alerte en véritable sanction à l'égard de l'état. Cet alinéa est souvent qualifié « **d'arme nucléaire** » en raison de la sanction qui peut être prononcée.

- L'article 7 énonce un mécanisme absent des traités européens et pour cause c'est un mécanisme que l'UE a créé en réponse aux critères hongrois et polonais. Ce mécanisme s'est construit au fur et à mesure car les deux premiers mécanismes se sont montrés inutilisables ou incapables à résoudre. Ce nouveau cadre a été complètement construit au sein de la

commission européenne et son originalité est de prévoir des étapes préalables au déclenchement de l'article 7. On peut résumer ce nouveau cadre comme consistant une procédure en 4 étapes :

- **L'étape de l'évolution** : Dans cette étape, la commission va évaluer la situation en cours dans un état membre. Si elle considère qu'après expertise de la situation interne et quelle découvre une menace ou un danger pour l'état de droit, elle va basculer sur le 2ème étape qui est de rendre un avis motivé qu'elle adresse à l'état membre en question.
- **Rendre un avis motivé** : cet avis est adressé à l'état en question. Cet avis n'est pas publié, on ne connaît pas son contenu. La seule chose qui est portée à la connaissance des citoyens c'est le fait qu'un avis a été envoyé à tel État membre. Si l'État membre réagit on bascule à la troisième étape.
- **L'étape de la recommandation** : Les éléments principaux de cette information sont rendus publics donc diffusé. La commission va suivre les recommandations de l'État face à ses recommandations et si l'État ne réagit pas on bascule dans la 4è étape.
- **L'article 7 du traité de l'UE.**
 - La commission a mis en application le mécanisme du nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'Etat de droit. De fait, la commission européenne a appliqué ce nouveau cadre au cas polonais. Elle a en juin 2016 émis un avis et engagé un premier dialogue avec les autorités polonaises qui a mené à la reformulation d'une recommandation qui est censé aboutir à la mise en œuvre de l'article 7 du traité de l'UE en cas d'échec mais la commission a préféré le dialogue et malgré l'échec elle a formulé une seconde recommandation en décembre 2016. Ce comportement de la commission montre un certain manque de fermeté à l'égard des Etats, pour certains cela démontre l'impuissance de l'UE.

Finalement elle va devoir un an plus tard, en décembre 2017, agir de manière plus efficace car sa politique de négociation n'a pas fonctionné car les autorités polonaises n'ont pas suivis les recommandations. Au contraire, ces autorités polonaises ont poursuivi leurs politiques d'attaque et d'écartement du tribunal constitutionnel et de la Cour suprême.

La commission a donc proposé dans un premier temps au Conseil européen d'adopter une décision en application de l'article 7 du traité de l'UE. Egalement, elle a émis une recommandation nouvelle qui de manière ferme et explicite liste les mesures que doivent prendre les autorités polonaises. Dans cette liste de mesures à adopter, on va retrouver les deux problèmes que soulève la Pologne c'est-à-dire que la commission demande que la Pologne restaure «l'indépendance et la légitimité du tribunal constitutionnel en veillant à ce que ces juges soient élus légalement et à ce que tous ces jugements soient publiés et mis en œuvre ».

L'autre série de recommandation concerne la Cour suprême afin de modifier cette loi qui permet de mettre automatiquement à la retraite un certain nombre de juges et à exceptionnellement en réintroduire certains par décision du Président de la République polonaise.

La Commission va cette fois décider de saisir également la Cour de justice de l'UE pour manquement de la législation polonaise pour violation du droit européen. La commission a trouvé la possibilité de passer par le biais du recours en manquement pour contraindre la Pologne à changer sa politique.

La Cour de justice va rendre sur cette question deux décisions importantes :

- **En octobre 2018** la CJUE va enjoindre la Pologne à suspendre l'application de la loi sur la Cour suprême dans l'attente de son jugement au fond. Elle va notamment soulever le principe de non-discrimination mais elle va aussi noter que ce nouveau pouvoir du président polonais **de renommer des magistrats discrétionnairement en exception à cette loi est aussi une violation du principe d'indépendance des juges**. Cette injonction s'accompagne de l'obligation quelle formule à l'égard de la Pologne de réintroduire tous les magistrats qui étaient tombés sous le coup de la loi. La Pologne va exécuter cette injonction dans l'attente du jugement au fond.

➤ **En décembre 2019**, la CJUE dans une nouvelle décision va conclure que la loi polonaise sur la Cour suprême n'est pas conforme au droit de l'UE.

La réponse de l'UE à la crise polonaise est assez riche d'enseignement. On constate que le pouvoir politique en place en Pologne a très rapidement exécuté les injonctions de la CJUE alors qu'il n'avait suivi aucune recommandation de la Commission européenne (=faiblesse des mécanismes européens de défense du modèle de la démocratie libérale).

Chapitre 1 – Le débat sur l'Etat - la sécession

L'Etat est une institution politique qui comme la démocratie fait l'objet de nombreux débats et aujourd'hui on pourrait dire que deux débats en particulier concernent la question de l'Etat en tant qu'institution politique et juridique.

Le premier débat concerne **la contestation de l'Etat en tant qu'institution qui viendrait du bas**, c'est-à-dire de mouvements régionaux qui ont eu ces dernières années une activité particulièrement importante en Europe.

Le second débat concerne **la tension sur l'Etat par le haut** et qui est la question de la place du droit européen vis-à-vis des Constitutions.

I. Le débat sur l'avenir de l'Etat : la question de la sécession

Rares sont les Constitutions qui prévoient explicitement un droit de sécession ou un droit à l'indépendance. La fonction de la Constitution c'est d'organiser l'Etat, lui donner les moyens d'agir mais on retrouve aussi des notions qui visent à faire vivre les populations ensemble et par tous ces moyens **la Constitution a notamment pour fonction de pérenniser l'Etat**.

La sécession ou l'indépendantisme peut aussi mener à un conflit politique très violent et dans ce cas-là on va essayer de construire une réponse constitutionnelle à la question de la sécession. Ça signifie qu'on a à peu près deux situations possibles : **celle où on rappelle fermement que la Constitution est interdite** et dans d'autres Etat on va au contraire hors du texte constitutionnel **construire un droit constitutionnel de la sécession**. C'est généralement fait par les juges, on a ici la recherche d'une réponse juridique à un problème politique qui peut être conflictuel.

Il y a un autre intérêt à cette question, c'est que **le droit à la sécession se trouve à la frontière entre le droit constitutionnel et le droit international**. Le droit international, l'un de ses premiers objets et de poser des critères de condition de création des Etats, de reconnaissance d'Etats et donc l'un des enjeux c'est que cette indépendance soit reconnue sur la scène internationale.

Les constitutionnalises vont parler de sécession. **En droit international on parle plutôt de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes**. Une partie du territoire d'un Etat qui veut faire sécession ne trouvera pas de fondement dans la Constitution et donc généralement cette sécession va être revendiquée sur le fondement du droit international et notamment sur le fondement du *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*. Faut-il encore que cette population soit qualifiable de « peuple ».

On va chercher un fondement international car par définition **la sécession est un processus unilatéral**. Le problème c'est que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui existe en droit international, est un droit qui fut construit dans un **contexte de colonisation**. Les internationalistes s'accordent à dire que ce droit des peuples visait à imposer la décolonisation.

Est-ce que dans ce contexte on peut appliquer le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, c'est-à-dire dans un contexte qui n'est pas celui dans lequel il est né et qui va être celui de nos démocraties contemporaines ? Pour certains on transpose un droit en le sortant de son contexte et donc en fait une mauvaise interprétation, pour d'autres il faut repenser ce droit et l'intégrer dans un contexte hors colonisation.

Le droit international de fait nie l'existence de tout droit de SCS. Il est neutre sur la ... du droit à la sécession. A la fois il ne le fonde pas et en même temps il ne l'interdit pas. Pour le DI, la ... de la SCS n'est pas une question de droit, elle relève des faits. Les DI va intervenir au moment de la question de l'efficacité de la SCS. D'une façon, il va entériner, prendre acte d'une éventuelle SCS accomplie.

Avec comme critère l'idée que si une partie du territoire d'un état fait SCS de manière unilatérale et réunie tous les éléments constitutifs de l'É alors ce territoire devient un État aux yeux du DI. L'Europe a connu la SCS du Kosovo. Cette dernière a sollicité le droit international. À l'occasion de cette SCS, le droit international a confirmé une forme de neutralité sur cette question.

La sécession du Kosovo fait suite à des années de guerres civiles qui a fait suite à la ... de l'ex Yougoslavie.

Il y a eu une guerre du Kosovo en 1999 et à l'issue de cette guerre, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la résolution **1244** qui a placé le Kosovo sous administration provisoire de l'ONU. Cette administration du Kosovo par l'ONU va se faire par le biais de la **Minuk**. La Minuk va administrer ce territoire. Cette Minuk va durer 8 ans et en 2007 l'ONU va enclencher des négociations entre les deux populations présente au Kosovo pour réfléchir au statut futur de ce territoire dans l'avenir. Ce territoire, d'un point de vue juridique et international appartient à la République serbe et les kosovars veulent leur indépendance. Le premier envoyé spécial va conclure en disant que la Minuk doit prendre fin et que le Kosovo doit être un Etat indépendant. Le problème c'est que cette proposition doit être actée par le Conseil de sécurité des Nations Unies. La Russie va bloquer le vote au sein du Conseil car depuis longtemps elle est l'alliée de la République serbe.

Ce projet d'indépendance va être repris par les institutions kosovares qui vont déclarer l'**indépendance du Kosovo en février 2008**, on est donc sorti du cadre de la légalité internationale. Plus précisément, c'est l'Assemblée du Kosovo qui va adopter cette indépendance, c'est donc une **indépendance unilatérale**.

Les Etats, dans une grande majorité, ont assez rapidement reconnus l'indépendance du Kosovo et ceci est l'une des conditions de l'indépendance. Cette déclaration d'indépendance n'a en revanche pas été reconnue par la Russie mais d'autres Etats également l'ont refusé et c'est notamment le cas de l'Espagne car elle refuse de reconnaître l'indépendance d'un Etat qui a fait une sécession unilatérale.

Cette déclaration d'indépendance va être envoyée pour avis à la Cour internationale de justice, c'est une demande d'avis et elle va donc devoir se prononcer sur la position du droit international. On lui demande dans cet avis de dire si la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo est conforme au droit international et **en particulier à la résolution 1244**. Il s'agit ici d'une question juridique derrière laquelle se cache la problématique de la frontière entre droit international et droit constitutionnel. C'est un risque pour la souveraineté au regard des autres demandes de sécession dans d'autres Etats.

De ce fait la Cour internationale de justice va dans un premier temps chercher à déminer le contexte politique épineux de la question qui lui est posée. Dans un second temps elle va juger en droit. Cet avis, la Cour le rend **le 22 juillet 2010**.

1/ La Cour internationale de justice va recadrer la question qui lui est posée avec comme optique de minimiser son rôle et l'impact de l'avis quelle va rendre. Pour ce faire, elle va chercher à bien circonstancier son avis.

Notamment, elle considère que pour répondre à cette question elle n'a pas besoin de prendre partie sur la question de savoir si le droit international « *confère en général à des entités situées à l'intérieur d'un Etat existant le droit de s'en séparer unilatéralement. Il se pourrait parfaitement en effet qu'un acte, telle une déclaration unilatérale d'indépendance, ne soit pas en violation du droit international sans constituer nécessairement l'exercice d'un droit conféré par ce dernier* ». Ici la Cour explique que ce qui n'est pas interdit par le droit international ne signifie pas automatiquement qu'il s'agit d'un droit fondé sur le droit international.

2/ Le deuxième temps est celui où la Cour va répondre en droit et elle va décider que la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo est conforme au droit international. On remarque que la Cour internationale de justice va écarter la question du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Si le droit international est neutre, ce n'est pas nécessairement illégal. C'est donc le droit constitutionnel qui va devoir construire des réponses juridiques aux questions de la sécession. Il y a des juges constitutionnels qui vont rejeter toute possibilité de sécession.

L'exemple le plus connu est celui de la Cour suprême des Etats Unis qui a été saisi peu de temps après la guerre de sécession. Dans un **arrêt de 1869** la Cour suprême a affirmé pour la première fois qu'**une sécession est inconstitutionnelle**. A l'occasion de cet arrêt, la Cour suprême qualifie les Etats-Unis de « *une union indestructible d'Etats indestructibles* ». Dans les années 2000, la Cour suprême s'est prononcée à nouveau sur la question concernant l'Alaska et de nouveau elle a rappelé que tout référendum sur l'indépendance d'un Etat fédéré était inconstitutionnelle. En revanche, la France fait partie des catégories d'Etats qui ont construit un texte constitutionnel de la sécession.

A/ La construction d'un droit constitutionnel de sécession pour les anciennes colonies en France

Cette question du droit à la sécession a donné lieu en France à de nombreuses querelles doctrinales notamment sur la question de certains territoires d'outre-mer qui sont sous souveraineté française par le biais de la colonisation. Il n'y a pas dans notre Constitution de 1958 de droit à la sécession et pourtant va être construit un droit constitutionnel de sécession.

Cette JP constitutionnelle doit beaucoup à **René Capitant** (professeur de droit/ député) qui va défendre la Doctrine Capitant concernant le droit à la sécession. Il va le faire dans le cadre d'un rapport qu'il rédige au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale dont il est président à ce moment-là. Il le fait au milieu des années 60 à un moment où la France prévoit d'organiser une consultation de la population de ce qu'on appelait la côte française des somalies. Ce projet de loi est un texte très débattu.

En 1958 lorsque la C° est adoptée, il y a une disposition transitoire qui donne 4 mois aux populations d'outre-mer pour décider si elles restent sous la souveraineté française ou non. La Révolution de la doctrine Capitant est de dire que finalement cette possibilité accordée aux populations d'outre-mer de décider existe toujours même si les 4 mois ont expirés. René Capitant défend que ces populations-là n'ont pas perdues leur droit de décider si elles restent sous souveraineté française ou non.

En revanche, ce sont les modalités d'exercice de ce droit qui ont changés depuis l'expiration du délai. Ce nouveau droit se trouve à l'**article 53 C°** lequel est relatif aux traités internationaux et dans l'alinéa 1 il parle d'un traité qui comporte cession, échange ou adjonction de territoire. Egalement il précise que ces traités doivent être approuvés par une loi. De plus, l'article 53al.3 C° explique que « *nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées* ».

Pour René Capitant, cet article 53C° est tout à fait applicable à l'outre-mer français, c'est selon lui le nouveau cadre du droit de décider des populations d'outre-mer et donc il faut une loi votée par le Parlement et un référendum local.

Le CC va adopter intégralement la doctrine Capitant dans une décision de **1975** qui concerne le processus d'auto-détermination des Comores. De fait, le gouvernement français, lors de la sécession des Comores, a organisé une consultation de cette population en 1975 pour savoir s'ils voulaient rester sous la souveraineté française ou non. Les résultats de cette consultation vont aboutir à 95% des voix en faveur de l'indépendance des Comores. Le problème c'est qu'il y a une île au sein de cet archipel qui se démarque, c'est l'île de Mayotte où à une très large majorité on a voté pour le maintien dans la République française. En conséquence, après cette consultation, le Parlement français va se trouver dans une situation complexe car il ne va pas

savoir quoi faire. Le Parlement va alors entériner l'indépendance des Comores et entériner d'une certaine façon le maintien de Mayotte dans la République française.

Cette loi est donc celle qui va atterrir sur le bureau du CC et la question qui va se poser à ce dernier va être de savoir s'il déclare la doctrine Capitant comme étant celle du CC ou non, et il va finalement la valider en disant que « *l'article 53C° s'applique aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République française pour constituer un Etat indépendant ou y être rattaché* ». Cette **décision de décembre 1975** est importante car elle consiste à dire que dans l'article 53C° il y a un droit de sécession qui s'exerce par les populations d'outre-mer et doit respecter la procédure.

Cette décision de 1958 va subir de nombreuses critiques notamment le fait que l'article 53 n'est pas adapté à la situation de sécession. Dès lors, son fondement serait inapproprié et serait relatif au traité bilatéral alors que le cas de sécession c'est un cas interne, le fait qu'un État se sépare d'un territoire auquel il appartient.

De plus, l'article 53 parle de cession de territoire et de transfert de territoire ce qui là encore n'est pas du tout le cas puisqu'il s'agit d'une transformation du territoire français. La critique des constitutionnalistes n'a pas consacré la reconnaissance d'un droit constitutionnel à la session. Autrement dit, la libre détermination des populations d'outre mer a fait consensus en 1975. Le CC répond à ces critiques quelques années après en changeant le fondement constitutionnel de ce droit de sécession. **Il a par la suite réaffirmé le droit constitutionnel d'un droit à la sécession pour les populations d'outre mer en 1980.** Cette affirmation se fait notamment par la Nouvelle-Calédonie. Le nouveau fondement constitutionnel que va choisir le CC se trouve dans le préambule de la Constitution de 1958 où il est reconnu à la libre détermination des populations.

Dans le préambule, il s'agit que de la libre détermination des populations. En matière de procédure, le CC confirme l'indépendance d'un territoire d'outre-mer et devra opérer par un référendum et une loi du Parlement. Cette jurisprudence a été réaffirmée par le CC en matière de la population d'outre mer.

La France est le pays ayant connu le plus de référendum d'auto-détermination ou de libre détermination. Il y a eu plus de 20 référendums d'auto-détermination ce qui explique le fondement à la sécession dans l'histoire constitutionnelle.

11 référendums d'auto-détermination ont eu lieu sous la V^e République, 3 relatifs à l'Algérie, 1 pour Mayotte, 1 pour la Nouvelle-Calédonie. Le plus récent étant en 2018 qui a amené à un résultat négatif. Il y a en préparation un nouveau référendum en Nouvelle-Calédonie en octobre prochain pour se prononcer sur l'indépendance ou sur le maintien dans la République française.

Également, on a un autre exemple de la sécession mis en lumière par le juge constitutionnel c'est le Canada.

B. La construction de la mise en place de la sécession au Canada

Le Canada est soumis à la grande volonté de sécession de la part du Québec. La situation du Québec est proche de celle de l'Espagne avec un référendum d'indépendance. Il y a toutefois au Québec un vide constitutionnel ou le contexte politique et les rapports de force jouent un rôle important. En 1980, le Québec a organisé un référendum d'indépendance sans l'accord du Canada. Ce référendum va être un échec pour les souverainistes car le non l'emporte.

En 1995, le Québec réitère un référendum d'indépendance où il est demandé aux québécois si ils acceptent la souveraineté pour devenir un état indépendant. Le « non » l'emporte à 50,8%. Ce résultat limite fait réagir les autorités fédérales. La Cour suprême du Canada est alors saisie pour avis, le gouvernement canadien lui pose trois questions :

- *Est-ce que une province peut sur le fondement du droit international, procéder de manière unilatérale, à une sécession avec le Canada?*

- *Est-ce qu'une province peut sur le fondement de la Constitution, peut procéder unilatéralement à une sécession avec le Canada?*
- *En cas de réponse différente, si il y a contradiction entre les deux questions, qui l'emporte ? La constitution ? Le droit international?*

Cet appel au droit international rappelle la frontière où se trouve la sécession. Le cas français montre que face au vide juridique, un droit constitutionnel est construit et non un droit international. La réponse de la cour suprême ne s'intéresse qu'au droit constitutionnel canadien.

Le contexte fédéral dans le cas canadien complique la situation. En effet, la thèse fédéral veut qu'au départ il y a une volonté des états de s'unir mais qu'il peut en sortir comme il le souhaite. La cour suprême canadienne va prendre en compte ce principe fédéral et va aussi utiliser le principe démocratie qui est un principe au coeur des problématique de sécession. Si le principe de la démocratie apparait au Canada et non en France c'est car on a fait à des référendums qui ont déjà eu lieu.

La cour suprême du Canada dit que la démocratie c'est bien, mais qu'elle se déploie dans le cadre de la Constitution. Il y a donc ce que veut un peuple et la Constitution. Le Canada est une démocratie constitutionnelle donc un état dans lequel la démocratie s'exerce, s'exprime et s'encadre selon la constitution.

La Cour suprême du Canada énonce qu'il n'existe pas de droit constitutionnel à une sécession unilatérale pour les provinces, mais en revanche **il existe un droit constitutionnel à négocier la sécession.**

La Cour suprême ne va donc pas aussi loin que le Conseil constitutionnel français qui a parlé d'autorisation à l'indépendance pour les organisations mondiales. Cependant, elle ajoute qu'à partir du moment où dans les provinces il y aura une expression claire et majoritaire par un référendum en faveur de la sécession et donc de l'indépendance il faudra entrer en négociation politique pour organiser cette sécession. Le vote unilatéral dans une province n'est donc suffisant, les autres provinces et les autorités fédérales doivent prendre en compte ce vote pour entrer dans des négociations.

C. Le refus de consacrer constitutionnellement un droit de sécession à l'Espagne.

Conflit politique important entre le pouvoir à Madrid et la Catalogne qui réclame son indépendance. Dans la fin des années 2000, à la suite d'une décision du tribunal constitutionnel espagnol concernant le statut d'autonomie de la Catalogne ce débat a émergé. Le juge constitutionnel espagnol a censuré un certain nombre de dispositions de ce statut d'autonomie. Le parti politique au pouvoir en Catalogne a réagi de manière virulente contre cette décision et pour résumer, l'idée était de dire que la Constitution reconnaissant aux régions une autonomie et que ce qu'il résultait de cette décision était que la Catalogne avait touché le plafond de son autonomie. Ce tribunal constitutionnel a censuré des décisions de la Catalogne.

Cette dernière a alors considéré que son autonomie n'était pas suffisante et à déclarer un processus d'indépendance menant à un référendum. Ce référendum illégal a conduit à un « oui » de la part des participants ce qui a mené à des sanctions pénales de la part du pouvoir espagnol.

Tous les actes pris par la Catalogne ont été envoyés au pouvoir espagnol, tous les quinze jours une décision était donc rendue par le tribunal constitutionnel qui reconnaissait qu'une sécession unilatérale d'une région espagnole était **strictement inconstitutionnelle**. La jurisprudence est donc très ferme et refuse de construire un droit constitutionnel de la sécession.

Le refus de reconnaître un droit constitutionnel de sécession s'est basé sur un refus de reconnaître se fonder sur les grands problèmes constitutionnels espagnols. En Catalogne, d'un point de vue politique et juridique, on a défendu ce référendum au motif qu'on est une **Nation** (principe d'État nation), de plus on est **un peuple**. Le tribunal constitutionnel affirme que **seule la nation espagnole existe et que le peuple espagnol est unique et ne peut être divisé**. Il va aussi rappeler que la souveraineté appartient à la nation espagnole et que les régions n'ont pas de souveraineté mais seulement un état autonome.

Or, le tribunal constitutionnel change d'avis et décide de rendre des décisions moins conflictuels du point de vue politique. Il va peu à peu quitter le champ des concepts. Le referendum catalan est une révision constitutionnelle.

Le tribunal constitutionnel espagnol a expliqué qu'aucun sujet était tabou en Espagne y compris la sécession.

Chapitre 2 - Le débat sur l'ordre juridique de l'État : les rapports de système

Les rapports de systèmes sont les rapports entre droit européen et l'ordre juridique. L'idée de départ provient de Kelsen et sa pyramide des normes. C'est une pyramide de rapport entre normes et le principe est que **sa norme inférieure tient sa validité de sa norme supérieure**. Kelsen s'est posé la question *selon laquelle comment on fait pour fonder la validité de la Constitution?*

Dès lors, il va insister sur le fait de fermer le système au dessus de la Constitution et invente la « **norme hypothétique** ». Donc on parlera de « **GrundNorm** » qui n'existe pas mais elle dit « la constitution est valide » selon Kelsen.

Cet élément est le plus discuté et cette théorie a été rejetée par la doctrine. Une autre critique est apparue il y a quelques années et a reproché à la théorie de Kelsen d'avoir décrit les ordres juridiques nationaux comme des systèmes clos.

L'idée serait que l'une des conséquences principales de la Construction européenne serait d'avoir décloisonné l'ordre juridique. En réalité, on aurait des fenêtres ouvertes dans lesquelles on fait rentrer des normes extérieures. Kelsen aujourd'hui, sa théorie ne serait plus d'aucun secours pour comprendre les rapports de système entre la constitution et le droit européen.

Certains auteurs parlent d'imbrication entre systèmes, l'idée est plutôt de faire exploser cette pyramide des normes. Cette question soulève un problème : *comment on fait pour que ce droit européen devienne du droit français ?*

Le droit européen affirme sa primauté et on ne peut pas le faire rentrer dans n'importe quelle droit. Le droit européen et toutes les institutions secondaires créer par les instances européennes et qui est directement applicable.

Les cours constitutionnelles, tous les jours en Europe, réécrivent cette théorie. Le juge européen a aussi sa propre pyramide et a fait rentrer du droit national par le droit européen avec pour but : **avoir le moins de conflit possible entre droit nationaux et droit européen**.

Les deux juges construisent des raisonnements qui permettent de faire rentrer le droit de l'autre dans le leur pour pacifier. En même temps, ils précisent la limite de cette ouverture. Dans la majorité des cas, il y a primauté du droit européen et suprématie de la constitution. Dans quelques cas, il y a conflit et dans ce cas-là le juge constitutionnel applique la Constitution et le juge européen applique le droit européen. Dans ces cas-là, il n'y a aucune réconciliation.

A. Les rapports Constitution / Traités

Les enjeux de ces rapports sont les suivants : si on se place du côté européen l'enjeu de ces rapports est assez simple. Tout d'abord, il en va de l'efficacité du droit européen et de l'existence même d'une Europe. Il ne peut pas y avoir d'Europe si il n'y a pas « **primauté et effet direct** ». Du côté national, l'enjeu est différent puisque on a la Constitution. C'est **l'expression de la souveraineté de l'État** et c'est le texte qui garanti l'existence d'un régime démocratique. On a donc l'existence de l'état, l'expression démocratique.

Le problème est la contradiction puisque du côté européen on a le **principe de primauté** et du côté national on a le **principe de suprématie de la Constitution**. La primauté du droit européen est un principe jurisprudentiel (**COSTA contre Enel en 1964**). Il consiste à dire qu'en cas de *conflit* entre une norme européenne et une norme nationale, *il faut appliquer la norme*

européenne. Ce principe est absolu et vaut pour tout le droit européen. Il agit à l'égard de tout le droit national y compris la Constitution. Ce principe est contrôlé par la Cour de Justice et vérifie si les États membres respectent bien ce principe. Elle confie le soin au juge national de rendre effectif le principe de primauté.

L'inscription de ce principe dans les traités européens était prévue. Le traité établissant une constitution pour l'Europe le prévoyait notamment. « *La conférence rappelle que selon une jurisprudence constante de la CJUE, les traités et le droit adopté par l'union sur la base des traités prime le droit des états membres.* » (annexe du traité de Lisbonne)

L'article 8 de la Constitution polonaise énonce que « *La constitution est la norme suprême de la Pologne* ». À l'exception de cet article, dans une grande majorité, le principe de suprématie de la Constitution est un principe jurisprudentiel, il vient des juges constitutionnels. Il en est de même pour le principe de primauté de l'UE.

Le Conseil d'État, dans l'**arrêt Sarran**, affirme la suprématie de la Constitution « *La suprématie conféré aux engagements internationaux ne s'appliquent pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle* »

Deux ans plus tard, dans un **arrêt Fraisse** de la Cour de Cassation, réitère la même affirmation. Dès lors, le CC a également admis pour le traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2004. Dans son considérant 10, le Conseil Constitutionnel parle d'une dénomination du traité et énonce que « *cette dénomination du traité est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sur sa place au sommet de l'ordre juridique interne.* »

L'affirmation de la suprématie constitutionnelle est généralement critiquée par la doctrine européanisée ou internationaliste. Il y a ici des divergences entre ces deux types de doctrines.

Pour ce qui concerne le droit français, il y a deux articles dans la Constitution qui sont au cœur de cette controverse entre constitutionnaliste et internationaliste. Le premier est l'**article 55 de la constitution lequel pose le principe de la supériorité des traités sur la loi**. La disposition de cet article informe que les traités et seulement les traités priment sur la loi. Il ne dit rien des rapports entre les traités et la Constitution. Toutefois, pour les constitutionnalistes cet article 55 est interprété comme l'article qui donne un fondement juridique au droit international, il s'agirait d'une norme de reconnaissance des traités

L'idée est que la Constitution crée les organes qui sont compétents pour contracter sur la scène internationale ainsi que pour ratifier les traités négociés sur la scène internationale. Si le droit international produit des effets dans notre ordre juridique, c'est grâce à la Constitution. Sans Constitution, il n'y a pas de droit international dans l'ordre juridique interne.

Pour les internationalistes, l'interprétation de l'article 55 est tout autre. Il est interprété en sens inverse et consiste à dire que l'article 55 **reconnait l'autorité d'un droit international qui s'est imposé aux constituants**. D'une certaine façon, il se soumet au droit international qui s'impose à lui. Le droit international est supérieur à la Constitution. Cette interprétation est assez riche.

Un autre article est au cœur de la controverse c'est l'**article 54** de la Constitution. Lui est interpellé de manière différente entre les constitutionnalistes et internationalistes. **Il est relatif à la possibilité de saisir le Conseil Constit pour que celui-ci contrôle la constitutionnalité des traités.** L'article 54 prévoit le cas où le conseil constitutionnel prévoit une clause du traité inconstitutionnelle. Si le CC est saisi et déclare qu'une clause est contraire à la Constitution, le traité ne pourra être ratifié qu'après révision de la Constitution.

Cet article 54 de la Constitution est comparé avec l'**article 62 de la Constitution** lequel explique qu'**une loi inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application**. Pour les internationalistes, cette comparaison conduit à la conclusion que lois et traités ne sont pas dans un même rapport à la Constitution.

Si il faut réviser la Constitution pour ratifier un traité, cela signifie que **c'est la Constitution qui se soumet à ce traité**. Dès lors, les traités sont supérieurs à la Constitution puisqu'on va la modifier pour adapter un traité.

Il est arrivé que le CC déclare une loi inconstitutionnelle et que d'un point de vue politique le parti au pouvoir tienne absolument à cette loi. Dans ce cas là, il est tout à fait possible de surmonter cela en faisant **une révision constitutionnelle**. Par conséquent, il est déjà arrivé qu'on révisé la Constitution pour pouvoir faire passer une loi à laquelle on tient comme **la loi de la parité homme femme en matière d'élection politique**.

Le fait de réviser la Constitution pour faire passer une loi a déjà existé dans notre histoire et cette situation n'a jamais conduit la doctrine à en conclure que la loi prime sur la Constitution. Cela permet d'accorder une certaine sécurité juridique car si on doit réunir tous les États sous prétexte que ce n'est pas conforme à la Constitution cela paraît trop complexe.

Du côté national, comment peut-on faire pour définir les rapports Constitution/Traités?

Il y a eu des deux côtés des ouvertures de fer. Si on se place du côté national, on va au dernier étape de la Constitution afin d'ouvrir les fenêtres pour faire entrer du droit européen lequel va primer grâce à la suprématie de la Constitution.

Du côté national, le juge a été intégré dans les Constitutions des clauses européennes lesquelles sont rédigées avec la même logique dans tous les États. La logique c'est que la République française participe à la construction européenne. Dans notre Constitution, la clause Europe se trouve à **l'article 88-1 de la Constitution**.

Dans la Constitution allemande, c'est l'article 23 de la Constitution qu'on trouve cette « clause Europe ». Là aussi on inscrit dans la Constitution le projet européen.

Ces « clauses Europe » vont permettre de **justifier l'application du droit européen et parfois ces clauses vont permettre de rendre effectif le principe de primauté du droit européen**.

Ces clauses Europe ont distingués au sein de nos Constitutions le droit européen du droit international. Cette place à part du droit européen signifie aussi que **l'UE** est considérée comme une **organisation spécifique** et cette spécificité a été consacrée explicitement par le CC dans la décision de **2004** sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Dans cette même décision, le CC cite l'article 88-1 de la Constitution et précise qu'en intégrant cet article dans notre Constitution « *le constituant a ainsi consacré l'exigence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique internationale* ».

À chaque fois que les traités européens sont adoptés, le CC va être saisi de la conformité de ces traités vis-à-vis de la Constitution. Sur cette question, le CC a mis du temps pour positionner sa JP. Cette JP montre qu'on a à faire aussi à un contrôle de constitutionnalité des traités européens qui n'est pas le même que celui des autres États.

Le CC a affirmé sa jurisprudence lorsqu'il contrôle traité et constitution. Il y a une différence fondamentale entre un traité sur l'UE et un traité international, **c'est le transfert de compétence des États vers l'UE**. Le CC a mis du temps à figer sa jurisprudence qui va donc être différer du contrôle du CC sur un traité international classique. En 1970, le CC est saisi d'un traité européen et va faire une distinction entre d'un côté « des limitations de souveraineté » et de l'autre « une affectation des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté »

Le traité porte atteinte aux conditions nécessaires de la souveraineté donc est-ce qu'il porte atteinte à une limitation de la souveraineté ?

Si le traité se contente de limiter la souveraineté il est constitutionnel mais en revanche si il affecte les conditions essentielles de la souveraineté alors il est inconstitutionnel. En 1976, le CC change de distinction et d'un côté il maintient le cas de limitation mais d'un autre côté il parle de « **transfert de tout ou partie de la souveraineté**. »

Si le traité se contente de limiter la souveraineté il est inconstitutionnel, en revanche si il conduit à un transfert de tout ou partie de la souveraineté, alors il est inconstitutionnel.

Le CC fait une nouvelle distinction et en 1992 au moment du traité de Maastricht il y a un cas de transfert de compétence via le traité de l'État vers l'UE. Si le traité contient une clause contraire à

la constitution ou si il porte atteinte aux conditions essentielles à l'exercice de la souveraineté, le traité est inconstitutionnel.

Dans une décision de 2004, le traité établissant une constitution pour l'Europe, le CC va cesser avec les distinctions et va donner trois limites constitutionnelles à la ratification d'un traité. Il explique que les traités européens sont constitutionnels sauf :

- Si **une clause est contraire à la Constitution**
- Si **le traité remet en cause des droits et libertés constitutionnellement garanti**
- Lorsque **le traité porte atteinte aux conditions essentielles d'exercices à la souveraineté nationale.**

Lorsque le traité européen se trouve dans un de ces trois cas, il est inconstitutionnel donc il faut une **révision constitutionnelle** pour pouvoir ratifier ce traité. Cette jurisprudence du conseil constitutionnel est spécifique aux traités européens.

Dans cette décision, le CC note que ce traité n'a pas pour effet de modifier la portée du principe de primauté du droit de l'UE. Le CC va préciser que la portée de ce principe de primauté « telle qu'elle résulte de l'article 88-1 de la Constitution » Le CC explique alors que la primauté du droit de l'UE découle de la « clause Europe »

Concernant la jurisprudence allemande, c'est l'une des plus intéressante. l'Allemagne a aussi sa clause Europe présent à **l'article 23 de la Constitution**. Le juge allemand est presque automatiquement soumis au contrôle de constitutionnalité des traités européens. En Allemagne, le juge va développer une autre argumentation qui est intéressante du point de vue constitutionnelle.

La décision de Maastricht de la cour constitutionnelle allemande en 1993 : elle va s'appuyer sur l'article 38 de la Constitution concernant le suffrage universel direct des députés allemands qui sont les représentants du peuple allemand. La Cour constitutionnelle considère qu'au delà de ce principe, il y a le principe de démocratie. La Cour explique aussi que si on veut que l'Allemagne continue à être un État démocratique, ça énonce qu'on ne peut pas dépouiller le Parlement allemand de ses compétences.

Dans la **décision de Lisbonne 2007**, la Cour ajoute plusieurs pages où elle analyse le système européen et elle explique que ce n'est pas une démocratie. Elle en conclue et considère que le système européen n'est pas un système démocratique car il n'y **aucune correspondance entre le vote et la politique qui sera menée.**

Le citoyen allemand n'a qu'un modèle démocratique devant lui, c'est l'État allemand et non l'Europe. Cela signifie que si on dépouille le parlement de ses compétences, on prive les allemands d'un régime démocratique.

La Cour constitutionnelle allemande dit qu'avant qu'un règlement constitutionnel rentre dans l'ordre juridique, elle va d'abord **vérifier que ce règlement entre dans les compétences du Parlement allemand**, c'est ce qu'on appelle le « **contrôle de l'ultra vires** ».

On a insérer dans l'étage supérieur du droit européen ce qu'on pourrait appeler des « clauses états ». Le traité de Maastricht a inséré un nouvel article F où il est écrit que l'UE respecte l'identité nationale des États membres. Cette clause État va être beaucoup plus forte au moment du traité de Lisbonne puisque cela devient l'article 4 du traité de Lisbonne qui dispose que *« l'union respecte l'égalité des états membres devant les traités ainsi que leur identité nationale inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles »*

La CJUE va s'appuyer sur les clauses états, clauses d'identités nationales dans certaines jurisprudences, pour accepter que certaines règles européennes ne s'appliquent pas dans un État ou dans sa constitution.

B. Les rapports Constitution /droit dérivé

Il y a un problème pour le juge constitutionnel, c'est que contrairement aux traités, il ne peut pas contrôler par exemple une directive ou un règlement avant qu'il entre en vigueur. Pour les juges nationaux, le droit dérivé s'impose à eux. On a ici des normes qui sont directement applicables dans notre ordre juridique et qui n'ont pas subi de contrôle de constitutionnalité, donc il y a des règlements qui peuvent être contraire à la Constitution. C'est ce qui pose problème au juge constitutionnel donc on est dans un risque important d'inconstitutionnalité et sans impossibilité de résoudre cette inconstitutionnalité.

C'est ici que vont intervenir les juges constitutionnels pour essayer de résoudre cette problématique en essayant de contrôler le droit européen à travers les normes internes et notamment les lois. C'est ici qu'on va trouver **des lois de transpositions**. On se retrouve ici face à un équilibre à trouver de la part du juge constitutionnel. C'est là où les juges constitutionnels vont développer **des clauses de limites à l'Europe** qui vont permettre de « fermer les fenêtres ». Ce sont les clauses d'identité constitutionnelle, elles sont purement jurisprudentielle. Les juges constitutionnels ont ici créé la possibilité de pouvoir fermer le système. Le principe c'est « oui » à l'Europe sauf si ce droit dérivé viole une disposition constitutionnelle qui relève de l'identité constitutionnelle de l'État. En faisant cela, les juges ont tous les instruments à leur disposition.

Les actes de droit dérivé sont des actes directement applicable. Ce droit dérivé va atterrir sur le bureau des juges nationaux, des juges des états-membres essentiellement de deux façons :

- **Soit pour le CC quand une loi transpose une directive** : situation dans laquelle le CC a concrètement devant lui une loi française mais en réalité son contenu, ce qu'elle prévoit est du droit européen.
- **Soit lorsqu'on a des décrets qui appliquent un règlement européen** : situation dans laquelle le CC a devant lui un décret français mais le contenu de ce décret est du droit européen.
Dans cette Constitution, on a la **clause Europe, c'est l'article 88-1 de notre Constitution**. La nouveauté par rapport aux traités, c'est que cette problématique du droit dérivé, potentiellement inconstitutionnel, a fait émerger les clauses « **identités constitutionnelles** ».

Les juges ont fait émerger cette idée d'identité constitutionnelle, il y a donc une différence ici car **les clauses Europe sont des clauses constitutionnelles d'ouverture et les clauses d'identité sont des clauses de fermeture**.

L'idée est de dire qu'il est possible de déroger à la Constitution par le droit européen sauf si on touche un article relevant de cette identité constitutionnelle. Le CC a dit qu'il fallait fermer tout risque de violation de la Constitution quand cela concernait l'identité constitutionnelle de la France. Sauf que le CC est l'un des rares juges constitutionnel qui n'a jamais précisé réellement ce qu'était l'identité constitutionnelle de la France.

L'article 89 de la Constitution précise que la forme républicaine du gouvernement ne peut pas être révisé, autrement dit ne peut pas être atteint pas une révision constitutionnelle. On suppose que ce qui est interdit aux constituants français l'est pour l'UE. En dehors de ça c'est plutôt **la doctrine** qui a émis des hypothèses sur l'identité constitutionnelle : on va retrouver l'idée de démocratie, le principe de l'égalité entre les citoyens.

Les cours constitutionnelles ont parfois activé ces clauses d'identités, c'est-à-dire fermé le système. Si on regarde cette liste, on pourrait relever qu'il existe deux grandes catégories de principe qui suppose cette identité constitutionnelle dans les États européens :

• **Les principes structurels, c'est-à-dire les principes qui organisent l'État** : par exemple le fédéralisme dans les États fédéraux comme l'Allemagne ou l'Autriche ou encore le principe de république indivisible en France qui peut relever de cette première catégorie de principe.

• **Les principes plus substantielles, plus matériels** : par exemple le principe de laïcité en France ou le principe de dignité de la personne humaine en Allemagne.

Exemple affaire « Taricco » qui a opposé l'Italie à l'UE : ici il s'agit de la question des délits et peines qui est inscrit dans la Constitution italienne. Le CC a dit que le principe d'égalité des délits et des peines est un principe qui fait partie de l'identité constitutionnelle de l'Italie et donc il n'appliquera pas le principe européen qui est en contradiction, selon lui, avec ce principe.

Du côté européen, il existe la clause d'identité nationale et donc dans l'affaire Taricco, la Cour de Justice de l'UE a dit que c'était dans le droit européen et a donc validé le fait que cette règle, qui s'applique dans tout l'Europe, ne s'applique pas à l'Italie car ça fait partie de leur identité nationale.

Deux JP de 2004 :

CC, juin 2004, sur la loi de confiance dans l'économie numérique : le CC français est saisi d'une loi, qui est une loi de transposition des directives. Le CC va dire que dans ce cas, on a la clause européenne (article 88-1) ce qui signifie qu'il existe une obligation constitutionnelle de transposer des directives. Cette clause Europe prend une définition beaucoup plus précise dans cette décision, l'article 88-1 contient une obligation constitutionnelle de transposer des directives. Quand la loi de transposition reprend mot pour mot la directive, le CC ne contrôle pas, il valide. Sauf si de manière évidente il a face à lui une disposition dans la loi de transposition qui porte atteinte à une clause relevant de l'identité constitutionnelle.

Deux conséquences :

1. Dans une loi de transposition, le contrôle de constitutionnalité est extrêmement allégé et il va porter sur une partie seulement de la Constitution, celle qui relève de l'identité constitutionnelle.
2. De plus, le CC contrôle différemment que si c'était une loi classique appliquée par le Parlement français.

CE, « Arcelor » : le CE sait qu'il va faire un contrôle de constitutionnalité d'un décret qui n'est pas n'importe quel décret. Et donc il décide que le contrôle de ces décrets sera un contrôle atténué, qu'il sera plus léger. C'est une JP qui a exactement les mêmes conséquences, devant le JA il y a la même application des décrets, le contrôle n'est pas le même.

Le CE n'a jamais précisé le contenu de cette clause identité constitutionnelle et n'a jamais activé cette clause d'identité constitutionnelle. Aujourd'hui la Cour qui s'oppose le plus frontalement à l'UE c'est l'Italie, et c'est aussi dans ce contentieux sur l'Italie que la CJUE a validé la possibilité de fermer l'ordre juridique italien et de ne pas appliquer une norme européenne.

D'un côté on a fait en sorte d'adapter les Constitutions à l'UE et d'un autre on a adapté les contrôles de la constitutionnalité des normes à la construction européenne.

Un grand nombre de Cour constitutionnelle on fait rentrer l'essentiel de leurs droits et de leurs libertés fondamentales dans des clauses pouvant s'opposer à la construction européenne.

Avec ce raisonnement, l'idée consiste à dire qu'aujourd'hui dans le système juridictionnel européen, **le juge protecteur des droits et libertés est le juge constitutionnel**, ce n'est pas le juge de l'UE ni la CJUE. Les Cours constitutionnelles se sont souvent opposés au droit européen au nom des droits fondamentaux, et ici la JP est bien en dessous.

DEUXIÈME PARTIE. LES PROBLÈMES NOUVEAUX.

Ici il s'agit d'envisager des problématiques, qui de manière nouvelle, pénètrent le champ constitutionnel.

Il y a trois thématiques évidentes :

Premièrement

La question de la guerre : la guerre c'est phénomène extra-juridique, exceptionnel, insaisissable en droit. C'est un champ qui est presque exclusivement entre les mains d'un chef d'État sauf que depuis quelques années cette question de la guerre est devenue un enjeu constitutionnel à deux titres :

1. On a cherché à limiter la toute puissance des chefs d'États en la matière et essayer de faire en sorte que les Parlements puissent contrer cette puissance.
2. La transformation des figures de la guerre, ici il y a un lien avec le terrorisme. On a essayé de transformer les textes constitutionnels pour les adapter à la réalité des nouvelles guerres, conflits armés.

Deuxièmement

La question du mariage homosexuel.

Troisièmement

La question de l'écologie.

Chapitre 1. Constitutions et guerres.

C'est une question, qui sur le champ constitutionnel, est particulièrement d'actualité. Depuis le début des années 1990 avec la chute du mur de Berlin, la fin de la guerre froide. La question à la fin de cette guerre froide et de se demander si on ne va pas retrouver les guerres classiques que l'on a connu en Europe ou ailleurs.

En même temps, demeure une question importante que connaît le droit international depuis longtemps, ***est-ce qu'une norme dans un texte peut vraiment venir encadrer, réglementer une guerre?***

Est-ce qu'on peut définir en droit ce qu'est une guerre?

Si on regarde les constitutions des États, celles-ci connaissent la guerre. Dans une grande majorité, une Constitution interdit certains types de guerre et elle prévoit la procédure d'entrée dans une « guerre constitutionnelle ». L'essentielle des dispositions concernant la guerre sont des dispositions procédurales. Ici, on va retrouver une place très importante au pouvoir exécutif et plus particulièrement au chef de l'État.

Depuis une quinzaine d'années, les constituants ont souhaités renforcer le rôle des parlements nationaux dans cette procédure de décision et de conduite de la guerre ou du conflit armée. On constate donc dans les constitutions, le maintien du pouvoir exécutif mais l'émergence d'un contre-pouvoir.

Première raison

Le parlement est l'organe démocratique, l'idée c'est donc de démocratiser la procédure. Les parlements sont issus d'une élection au SUD, ce sont les représentants du peuple donc faire participer le Parlement c'est démocratiser la décision de suivre un conflit armée, de ne pas suivre un conflit armée, etc...

En même temps, le fait de démocratiser est également le fait de légitimer.

Deuxième raison

Provoquer un débat autour de l'entrée en guerre, de l'envoi de troupe en territoire ennemi, etc... Ce débat est important car les textes constitutionnels ne peuvent pas faire beaucoup plus que de poser une procédure à suivre. Une Constitution ne peut pas prévoir une disposition politique, géopolitique ou autre, elle ne peut pas poser des conditions de fond précise.

La Constitution ne pouvant pas poser des règles de fond à la guerre ou au conflit armée, elle va poser un débat sur le contexte et les conditions de fond au Parlement.

Troisième raison

Une intervention militaire a un coût important et donc un impact sur le budget de l'État et c'est le Parlement qui vote le budget. Le Parlement a donc toute sa place dans le débat sur la guerre car la guerre a un coût budgétaire et financier.

De plus en plus de constitutions ou de pratiques constitutionnelles prévoient l'autorisation préalable du Parlement aux interventions militaires.

Exemples

Le cas espagnol : la Constitution de 1931 était une Constitution qui de manière explicite énoncé que « L'Espagne renoncé à la guerre comme politique nationale ». La Constitution de 1978, l'actuelle Constitution d'Espagne ne contient aucune disposition de ce genre. On peut juste relever que dans le préambule de la Constitution espagnole « l'Espagne contribue au renforcement des relations pacifiques ».

L'article 63 de la Constitution espagnole fait du roi l'organe compétent pour déclarer la guerre, mener la guerre et faire la paix.

Problème USA / Irak après l'attentat du Crossroads Center : La France et un certains nombres d'États refusent de participer à ce conflit armée donc rupture avec les USA. La coalition avec les USA est donc plus faible, il y a cependant l'Espagne et le Royaume-Uni. Dans les États alliés il y a eu un gros choc politique d'avoir fait partie des États qui ont accompagnés les USA dans une intervention et une guerre d'un régime politique qui n'avait pas de lien établi avec l'attentat du Crossroads Center. Ceci explique qu'en Espagne et au RU, il a été décidé d'accroître le rôle du Parlement pour éviter la décision unilatérale, discrétionnaire d'un exécutif qui, pour des raisons politique et économique, ont choisit de suivre les USA.

L'Espagne a voté une loi qui oblige l'exécutif à consulter le Parlement et obtenir une décision préalable des députés avant toute participation à des opérations militaires à

l'étranger lorsque n'est pas en jeu la défense d'un intérêt national ou un d'un intérêt du pays.

Le cas du Royaume-Uni : elle n'a pas de Constitution au sens formel, donc tout le droit repose sur la pratique constitutionnelle ancienne et sur le rapport exécutif / parlement. La pratique, même sans Constitution, a conduit à ce que la question de la guerre soit entièrement entre les mains de l'exécutif. En l'occurrence entre les mains du PM britannique. Il s'est instauré cependant, au RU depuis longtemps, l'usage de venir informer le Parlement par une déclaration. Il s'agit ici d'un usage qui n'est pas préalable à l'intervention, et cette déclaration va être suivie d'un débat qui peut être suivie d'un vote mais en réalité le débat au sein du Parlement et le vote n'a aucune conséquence juridique sur la décision ou le maintien de l'intervention militaire.

Problème USA / Irak, ce précédent de 2003 explique qu'en **2013, pour la première fois, le Parlement britannique s'est opposé à une intervention militaire du RU en Syrie**. Ce pouvoir accordé au Parlement est un pouvoir qui a été reconnu par le PM et qui ne découle donc pas de la Constitution car il n'y en a pas au RU.

Le cas des USA : c'est un État dans lequel les relations entre l'exécutif et le pouvoir législatif sont continuellement en redéfinition et en perpétuelle évolution.

L'article 2 de la Constitution des USA dispose que le commandant en chef des forces armées et le président des USA et celui-ci peut contrôler les forces armées.

Le congrès américain peut déclarer la guerre, ce qui est une disposition constitutionnelle assez rare. Le Parlement est également l'organe qui finance la guerre. Dans la pratique, le président des USA a bénéficié d'une très grande autonomie dans la conduite des interventions militaires. Dans les faits, le congrès n'a déclaré la guerre que 5 fois alors que les interventions militaires décrétées par les présidents des USA sont cent fois plus nombreuses.

La guerre du Vietnam : c'est une guerre qui a coûté très cher, qui a fait des dégâts humains catastrophiques des deux côtés.

En 1973, le Congrès va adopter une loi face à la déroute de cette guerre, qui impose au président des USA de rendre compte au Congrès dans les 48h, de tout engagement militaire à l'étranger et de retirer ses troupes dans les 60 jours. Ou bien de passer automatiquement par un accord du congrès si on veut poursuivre l'intervention.

L'arme fatale du Congrès américain est en réalité le budget, le Congrès a stoppé le financement de cette guerre du Vietnam et c'est cette décision qui va conduire les USA à cesser la guerre au Vietnam. Ceci se reproduire en 1993 avec la guerre en Somalie.

Constitution et guerre

Le droit constitutionnel se trouve nouvellement sollicité pour encadrer et réglementer le recours comme la conduite de la guerre. Celle-ci s'est cependant transformée ; aux guerres du XXe siècle, se sont substitués des conflits armés menés selon des modalités différentes et n'opposant pas nécessairement deux ou plusieurs États dans un enjeu de conquête territoriale.

Sur cette question, deux cadres constitutionnels vont particulièrement nous retenir ; un cadre constitutionnel singulier que représentent les Constitutions dites « pacifistes » ainsi que le cadre français, récemment redéfini.

1) Les Constitutions pacifistes

Deux Constitutions se singularisent en ce qu'elles stipulent une interdiction explicite de tout recours à la Guerre. Il ne sera pas étonnant de retrouver ici les deux principaux pays ayant perdu la seconde guerre mondiale : le Japon et l'Allemagne

A- Le pacifisme constitutionnel japonais

→ Un pacifisme inscrit dans la Constitution

La Constitution japonaise, établie en 1946 sous occupation américaine et rédigée par le gouvernement militaire américain installé au Japon, a longtemps empêché le Japon de constituer une véritable armée et de déployer une force armée à l'extérieur de ses frontières. Son article 9 dispose en effet :

« Aspirant sincèrement à une paix internationale fondée sur la justice et l'ordre, le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant que droit souverain de la nation, ou à la menace, ou à l'usage de la force comme moyen de règlement des conflits internationaux.

Pour atteindre le but fixé au paragraphe précédent, il ne sera jamais maintenu de forces terrestres, navales et aériennes, ou autre potentiel de guerre. Le droit de belligérance de l'État ne sera pas reconnu. »

Le Japon est le seul pays au monde contraint par de telles restrictions, imposées non seulement pour étouffer un éventuel renouveau militariste, mais aussi afin de punir le Japon pour sa politique durant la seconde guerre mondiale. Cet article 9 de sa Constitution interdit au Japon d'avoir une armée d'intervention et l'oblige à n'entretenir que des forces limitées à l'auto-défense de son territoire, le « Japon pacifique » devant quant à lui confier sa sécurité à l'ONU et sa défense nationale aux Etats-Unis. Cependant, des forces dites d'auto-défense (self-defence force = SDF) ont été créées pour permettre au Japon de participer à la défense de son territoire en cas d'attaque militaire extérieure.

→ Une politique étrangère de « chéquier »

Le Japon de l'après-Seconde Guerre mondiale n'est cependant pas totalement absent de la scène internationale. A défaut de déployer une force armée, il participe au maintien de la paix et de la sécurité internationales par une coopération financière et économique.

La politique japonaise allait cependant changer après la fin de la Guerre froide. La Communauté internationale comme les Etats-Unis eux-mêmes sollicitent une redéfinition de la politique étrangère du Japon pour que ce dernier participe aux efforts sur le terrain d'opérations militaires. En juin 1992, le Parlement japonais vote donc l'International Peace Cooperation Bill qui donne un cadre légal permettant à ses forces d'autodéfense (SDF) de participer aux opérations de maintien de la paix et de surveillance d'élections.

→ Une volonté politique de modification de la Constitution

Le parti politique du Premier Ministre au pouvoir, Mr Shinzo Abe, défend depuis plusieurs années une révision constitutionnelle permettant une réécriture de l'article 9 de la Constitution et la fin du pacifisme constitutionnel japonais. Devant la difficulté à mener à bien cette révision

constitutionnelle (la Constitution du Japon est l'une des plus rigide au monde ; or ce projet de révision ne fait pas politiquement consensus), fut adoptée en 2015 une interprétation normative de l'article 9 visant à autoriser le Japon à participer à une action de « légitime défense collective » (c'est-à-dire l'envoi de troupes à l'étranger).

B- L'Allemagne

→ Un pacifisme encadré par la Constitution

Comme au Japon, l'Allemagne a rédigé sa Constitution (Loi fondamentale de 1949) dans un contexte où a pu s'exercer une importante influence des Etats-Unis. La présence américaine a donc emporté certaines conséquences comme l'interdiction de réarmement (qui, finalement, sera réalisé dans les années 60 en raison de la Guerre froide) et la présence dans sa Constitution de dispositions en faveur du pacifisme. Trois dispositions constitutionnelles nous intéressent en particulier.

D'une part, l'article 24 : « (1) La Fédération peut transférer, en vertu d'une loi, des droits de souveraineté à des institutions internationales. (2) Pour sauvegarder la paix, la Fédération peut s'intégrer dans un système de sécurité mutuelle collective ». Cette disposition constitue une habilitation expresse pour une coopération internationale tant civile que militaire.

D'autre part, l'article 87a : « (1) La Fédération crée des forces armées pour la défense. [...] (2) Hormis le cas de défense, les forces armées ne doivent être engagées que dans la mesure où la Loi fondamentale l'autorise expressément ». Or la Constitution ne renvoie expressément qu'à la participation de l'Allemagne au système de défense collective organisée dans le cadre de l'OTAN.

Il émerge a priori une certaine disparité entre ces deux dispositions constitutionnelles. Alors que l'article 24 s'ouvre résolument à l'intégration et à la coopération internationales, l'article 87a ne fait guère mention de l'encadrement de l'Allemagne dans des structures internationales et se prête donc à une interprétation étroite qui ne tiendrait compte que des intérêts défensifs de l'Allemagne seule. En d'autres termes, l'article 24 est tourné vers la sécurité collective quand l'article 87 s'intéresse à la défense nationale et individuelle de l'Allemagne. Jusqu'à la fin de la Guerre froide, un consensus politique va émerger consistant à n'autoriser l'intervention de l'armée allemande (la Bundeswehr) que dans le cadre de l'OTAN, mettant ainsi en sourdine

l'article 24 de la Loi fondamentale pour privilégier la mise en œuvre de l'article 87a. Mais en octobre 1990, le chancelier Helmut Kohl affirme, dans sa déclaration de politique générale devant le Bundestag : « il revient à l'Allemagne unifiée d'assumer une plus grande responsabilité au sein de la communauté internationale, en particulier pour le maintien de la paix », préfigurant une participation de l'Allemagne au-delà du seul cadre de l'OTAN, c'est-à-dire, notamment, au sein de l'ONU. De fait, la Bundeswehr s'est déployée à partir de 1992 et bien que de manière limitée, en Somalie, dans l'Adriatique et en Bosnie-Herzégovine. Ces interventions ont donné lieu à un contentieux constitutionnel qui va permettre à la Cour constitutionnelle de préciser le cadre juridique des interventions de l'armée allemande hors territoire couvert par le Traité de l'OTAN.

→ la jurisprudence constitutionnelle : la Bundeswehr, une armée parlementaire

Deux décisions de la Cour constitutionnelle sont importantes sur cette question. Dans l'affaire de la Somalie (1994), la Cour va affirmer :

- - La Cour a fait une interprétation ouverte de la Constitution en jugeant que le concept de « sécurité collective mutuelle » de l'article 24 pouvait fonder l'envoi d'unités militaires allemandes afin d'appliquer une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU. Ainsi, l'armée allemande n'a pas pour seule mission la défense du territoire (article 87) mais également la sécurité mutuelle collective.
- - Mais la Cour fait également émerger une exigence nouvelle d'approbation préalable du Parlement avant toute opération extérieure (→ parallèle avec ce que nous avons vu en introduction de ce cours le vendredi 13 mars au sujet de la montée en puissance des Parlements nationaux comme contre-pouvoir à l'exécutif en matière de politique étrangère militaire). Est ainsi affirmée par la Cour constitutionnelle la nécessité de ne pas laisser au seul pouvoir exécutif le pouvoir de disposer des forces armées. La Bundeswehr est une « armée parlementaire » intégrée dans un Etat de droit constitutionnel et démocratique. Cette jurisprudence a été précisée dans un arrêt d'octobre 2009 : à cette occasion, la Cour constitutionnelle a en effet affirmé qu'en cas de modification des conditions de fait ou de droit ayant motivé une opération militaire extérieure, le Gouvernement devait à nouveau saisir le Parlement d'une demande d'approbation de cette mission.

2) La redéfinition du cadre constitutionnel français des opérations militaires extérieures

→ le texte constitutionnel avant la révision de 2008

Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 14 : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ».

Pourquoi cet alinéa fait-il référence aux « traditions » ? Parce que le principe d'une renonciation à la guerre est présent dans notre droit depuis la Révolution de 1789. Cf. Décret mai 1790 : « la Nation française renonce à entreprendre aucune guerre dans la vue de faire des conquêtes et

elle n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ». Il y a donc une interdiction pour la France de mener une guerre offensive. Ceci restreint donc le champ du 1^{er} alinéa de l'article 35 qui prévoit que « la déclaration de guerre est autorisée par le Parlement ». Cet article ne concerne donc que les guerres défensives, c'est-à-dire liées à une agression de la France par une puissance extérieure. Mais en réalité, il est fort probable que dans ce cas, le Président de la République mette plutôt en application l'article 16 de la Constitution. De fait, en 1914, fut décrété l'état de siège, sans déclaration de guerre.

En dehors des guerres offensives (constitutionnellement interdites) et défensives, la Constitution française envisage de manière générale les opérations militaires extérieures.

→ les autorités compétentes

Il existait un Ministère de la Guerre jusqu'à la 2^{nde} Guerre Mondiale. Aujourd'hui, ce ministère n'existe plus, remplacé par un Ministère de la Défense puis, sous la présidence d'E. Macron, un Ministère des armées. Existence également d'un Conseil de la défense. Par ailleurs, depuis 1962, un Chef d'état-major des armées qui est responsable de l'emploi des forces et assure le commandement des opérations militaires, assure la fonction de conseiller militaire du

Gouvernement auprès du Ministre des armées ; le 1^{er} Ministre a pour sa part sous sa responsabilité, un Secrétaire général de la défense nationale et de la sécurité intérieure.

Selon l'article 15 de la Constitution : « Le Président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et les comités supérieurs de la défense nationale ». Le titre de chef des armées va traditionnellement de pair avec celui de chef d'Etat donc ici, pas de spécificité française. C'est le système de la Ve République qui est original parce qu'il donne les moyens au Président de remplir cette charge. De fait, toute intervention militaire à l'étranger est décidée par le seul Chef de l'Etat. Cette fonction fait du chef de l'Etat un « chef de guerre » qui décide de l'engagement et du désengagement des forces.

Le Premier ministre est quant à lui « responsable de la défense nationale » (article 21 de la Constitution) ; il est à ce titre chargé d'assumer ses décisions devant le Parlement.

En ce sens, la Constitution semble suggérer une collaboration entre les deux textes de l'exécutif en matière de défense nationale et d'armée, alors qu'en pratique, le Président de la République est le véritable décideur en ce domaine.

→ la révision constitutionnelle de 2008 : un renforcement du rôle du Parlement

La révision constitutionnelle de 2008 a ajouté 3 alinéas à l'article 35 de la Constitution. Deux nous intéressent plus particulièrement.

- Article 35 alinéa 2 : « Le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention. Il précise les objectifs poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat qui n'est suivi d'aucun vote » = Droit à l'information du Parlement.

Attention : il ne s'agit que d'une information. Pour le Conseil Constitutionnel (décision de juin 2009), l'article 35 alinéa 2 constitue un prolongement de l'article 24 de la Constitution selon lequel « le Parlement contrôle l'action du Gouvernement ». Ce contrôle ne vise donc pas à censurer le Gouvernement mais à alimenter la réflexion des parlementaires. Les informations que le Gouvernement doit fournir sont cependant substantielles puisque l'alinéa 2 prévoit qu'«il précise les objectifs poursuivis». Cette information permettra au Parlement de questionner la légitimité de l'intervention militaire à l'étranger. Ce débat ne peut être suivi d'un vote.

- Article 35 alinéa 3 : « Lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement soumet sa prolongation à l'autorisation du Parlement. Il peut demander à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort. Si le Parlement n'est pas en session à l'expiration du délai de quatre mois, il se prononce à l'ouverture de la session suivante ».

Ainsi, au-delà de 4 mois, la Constitution pose une véritable obligation d'autorisation du Parlement = parallèle avec la jurisprudence constitutionnelle allemande qui a, de même, fait émerger cette obligation mais de manière prétorienne.

Malgré de réelles avancées, l'article 35 de la Constitution semble trop faible pour conférer une légitimité (surtout avant 4 mois) aux décisions d'intervention militaire en territoire extérieur prises par le pouvoir exécutif. C'est la raison pour laquelle d'autres pistes permettant l'émergence d'un contre-pouvoir demeurent envisageables. La principale piste réside dans une éventuelle sanction du Gouvernement qui pourrait prendre deux voies :

- - Article 49 al 1 = engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée Nationale sur une déclaration relative à l'engagement de l'armée française à l'étranger
- - Article 49 al 2 = motion de censure (« bombe nucléaire »)
- - Article 50-1 issu de la révision constitutionnelle de 2008 (déclaration du Gouvernement + débat + éventuel vote mais pas de responsabilité)

La Constitution et le mariage entre personnes de même sexe

La question de la reconnaissance ou de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe a saisi le droit constitutionnel et relève ainsi de ces nouveaux « problèmes contemporains » qui travaillent la matière constitutionnelle dans un nombre toujours plus grand d'Etats.

Ici, l'intérêt ne sera pas de se perdre dans les méandres du droit constitutionnel substantiel mais plutôt de traiter cette question en s'intéressant aux problématiques que cette thématique soulève dans le champ constitutionnel.

Deux aspects en particulier :

- - Il faut d'abord souligner le fait que cette thématique relève de ce qui pourrait être qualifié, journalistiquement, de « choix de société » (comme il en va aussi, par exemple, de la question de la fin de vie). J'entends par là qu'il s'agit d'une thématique qui fait débat, au sein de toute société, et qui, pour cela, fait rarement consensus. Donc se pose une question de nature constitutionnelle : la Constitution doit-elle s'engager idéologiquement sur ces questions de société ? On pense bien sûr à Jean Carbonnier qui qualifiait le Code civil de véritable Constitution de la France, tant il enfermait des choix importants pour les individus : la vie, la mort, la nationalité, la filiation, le mariage, le divorce, l'état des personnes, etc.... auquel on pourrait ajouter ici la bioéthique et les questions donc de la libre disposition de son corps. Ainsi donc, deux alternatives : ou bien la Constitution ne s'intéresse qu'aux pouvoirs politiques et aux rapports des citoyens avec l'Etat, laissant les choix de société dans le champ de la loi et donc du Code civil (qui peut dès lors être qualifié de véritable Constitution sociale). Ou bien, la Constitution pose quand même un cadre de choix de société, que le Code civil ne fait que traduire et préciser. Un élément du domaine constitutionnel se situe cependant à la frontière entre Constitution du politique et Constitution de la société = les droits fondamentaux. Car les droits fondamentaux participent aussi bien à définir le régime politique (libéral ou non) que la conception des relations sociales (par exemple dans la conciliation du droit de propriété avec le droit au logement).
- - Il faut ensuite se questionner sur l'autorité compétente, dans le champ juridique, pour déterminer, fixer, de tels choix de société. Est-ce le constituant (ce qui lierait alors le législateur) ? Le législateur (ce qui ouvrirait la possibilité d'un changement de la loi en cas d'alternance) ? Le juge (problème de légitimité) ? Le peuple (référendum) pour répondre justement à l'idée de choix de « société » ?

Les choix opérés par les Etats à la fois sur le plan substantiel (autorisation ou interdiction du mariage homosexuel) et sur la question de la compétence (constituant / législateur / juge / peuple) sont très divers :

- - Choix en faveur d'une reconnaissance par la loi, pour les plus récentes : France et Angleterre (2013), Finlande (2014, entrée en vigueur en 2017), Allemagne (2017). Processus particulier en Australie : mariage explicitement interdit en 2004 après une modification de la Loi de 1961 sur le mariage pour mentionner que le mariage est exclusivement l'union d'un homme et d'une femme. Fin 2013, une série d'unions entre personnes de même sexe à Canberra avait été annulée par la Haute Cour australienne, qui avait estimé que l'assemblée législative du territoire de Canberra ne pouvait autoriser le mariage homosexuel, car seul le Parlement avait ce pouvoir. Le problème était que le Parlement était politiquement, sur cette question, très partagé. D'où choix original fait par le Gouvernement d'organiser une consultation par voie postale des australiens en septembre 2017 : 62% en faveur de la reconnaissance du mariage homosexuel. D'où vote de la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe en décembre 2017.
- - Choix en faveur d'un référendum : 2 situations = d'abord le cas de référendum positif (Irlande en 2015 qui est donc le 1^{er} pays au monde à reconnaître ce droit par référendum).

Ensuite le cas d'un référendum négatif : Croatie en 2013 et Slovénie en 2015. Qu'en est-il du rôle du juge dans la reconnaissance ou l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe ? Il existe des situations fort hétérogènes. Dans certains pays en effet, le juge constitutionnel a refusé de se prononcer sur ce qu'il considère comme étant une compétence du législateur (soit il valide une loi l'autorisant, soit il valide la loi l'interdisant). Dans une grande majorité, le fondement constitutionnel à ces jugements fut le principe de la séparation des pouvoirs, la fonction juridictionnelle ne pouvant se substituer à la fonction législative. Dans d'autres Etats, le juge a consacré le droit au mariage homosexuel en se fondant principalement sur les droits fondamentaux des individus dont notamment le principe de l'égalité des droits indépendamment de l'orientation sexuelle de chacun. Nous allons donc étudier quelques exemples illustrant cette hétérogénéité des jurisprudences constitutionnelles.

I- La retenue jurisprudentielle au nom de la séparation des pouvoirs

Deux Etats se caractérisent par l'élaboration d'une jurisprudence constitutionnelle ayant vu les juges refuser de sanctionner le législateur au nom, notamment, de la séparation des pouvoirs. Il s'agit de la France et de l'Italie.

A- La France

Avant d'évoquer la jurisprudence constitutionnelle concernant les dispositions législatives relatives au mariage, il faut rappeler le cadre constitutionnel.

- - Alinéa 10 du Préambule de 1946 : « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Cet alinéa a été interprété par le Conseil constitutionnel dans le sens de la reconnaissance du droit de mener une vie familiale normale.
- - Le Conseil constitutionnel a également fait émerger de manière prétorienne la liberté de mariage, qualifiée de « composante de la liberté individuelle » en 1993 puis de la « liberté personnelle » en 2003, reposant dès lors sur les articles 2 et 4 de la DDHC de 1789.
→ Problème : cette liberté de mariage peut-elle signifier un droit au mariage ?
Avant l'adoption de la loi de 2013, le cadre législatif français reposait sur deux dispositions du Code civil = l'article 144 et l'article 75. Textuellement, le code civil ne contenait aucune disposition définissant le mariage mais cette définition pouvait se déduire de la lecture de ces deux dispositions. Article 75 dernier alinéa = « L'officier d'état civil recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». Par ailleurs, l'article 144 du code civil précisait que « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » (dans sa version depuis 2006 car avant, différence entre l'homme et la femme : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage »). Les rédacteurs du code civil de 1804 n'avaient en effet pas éprouvé le besoin de définir le mariage, tant la définition allait de soi et consistait en l'union d'un homme et d'une femme en ce début de XIXe siècle. Le Code civil se contentait donc de préciser les éléments essentiels de son existence et de sa validité.
La jurisprudence civile a cependant posé une définition du mariage selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et d'une femme : Cf. Cass 13 mars 2007 : « attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ».
Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une première QPC en janvier 2011 qui contestait l'impossibilité de célébrer un mariage homosexuel. Cette QPC reposait essentiellement sur deux

fondements constitutionnels = le droit de mener une vie familiale normale (alinéa 10 du Préambule de 1946) et le principe d'égalité (article 6 de la DDHC de 1789). Selon le Conseil constitutionnel :

« 8. Considérant, d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe ; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale ;

9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ».

→ le Conseil constitutionnel valide l'interprétation faite par la Cour de cassation selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Selon lui, une telle définition du mariage ne viole aucun droit constitutionnel des personnes ou couples de même sexe. Le considérant 9 atteste de la retenue du Conseil constitutionnel qui, ne souhaitant pas se substituer au législateur, a validé les choix politiques de ce dernier au nom, implicitement, du principe de la séparation des pouvoirs.

En mai 2013, fut adoptée la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Cette loi a notamment consisté à réintroduire un article 143 dans le Code civil selon lequel « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». → Nouveauté = désormais, existence d'une définition du mariage dans le Code civil français.

Le Conseil constitutionnel fut à nouveau saisi en 2013 dans un contentieux contestant cette loi reconnaissant le mariage entre personnes de même sexe. Les requérants invoquaient devant le Conseil deux arguments principaux : l'existence d'un PFRLR (principe fondamental reconnu par les lois de la République) selon lequel « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » et, second argument, le fait que le changement de définition du mariage relèverait du pouvoir constituant et non du pouvoir du Parlement. Le juge constitutionnel va se fonder, comme en 2011, sur trois articles de la Constitution : l'article 34 relatif au champ matériel de la compétence législative du Parlement, l'article 6 DDHC 1789 sur le principe d'égalité et l'alinéa 10 du Préambule de 1946 reconnaissant le droit de mener une vie familiale normale. Sur ces fondements, le Conseil constitutionnel considère que la définition du mariage relève bien du législateur ; or, rajoute-t-il, « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ». Plus loin : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur ».

→ une nouvelle fois, le Conseil constitutionnel est dans la retenue et refuse de se substituer au législateur. De fait, cette position adoptée par le Conseil l'aura conduit, à deux ans d'intervalle, de valider l'interdiction du mariage homosexuel (2011) puis de valider la reconnaissance du mariage homosexuel (2013).

B- L'Italie

La Constitution italienne se différencie de la Constitution française en ce qu'elle dispose d'un article relatif au mariage. Cf. art 29 = « La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi, en vue de garantir l'unité de la famille ». Du côté législatif, le mariage est réservé aux couples formés d'un homme et d'une femme.

La Cour constitutionnelle a donc été saisie de ce cadre législatif empêchant la célébration de mariages homosexuels. Le fondement de cette saisine reposait, entre autres, sur l'allégation de la violation de l'article 3 de la Constitution italienne qui dispose que « tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi sans distinction de sexe ou de conditions personnelles ou sociales ».

L'ensemble des arguments présentés devant la Cour constitutionnelle ont été rejetés par les juges sur la base d'une double motivation. D'abord, la Cour a effectué un retour au moment constituant pour interpréter la Constitution : or selon elle, les constituants « ne se posèrent pas la question du mariage entre personnes de même sexe » car « à cette époque il était naturel que le mariage soit possible seulement entre personnes de sexe différent ». Les juges constitutionnelles refusent donc d'opérer ce qu'on appelle une interprétation vivante, évolutive de la Constitution pour privilégier une interprétation restrictive et originaire du texte constitutionnel. Rq: cette méthode d'interprétation est totalement opposée à ce qu'a fait le juge constitutionnel espagnol qui a explicitement défendu l'interprétation vivante de la Constitution espagnole dans le cadre d'un contentieux portant sur la loi reconnaissant le mariage entre personnes de même sexe. Cette position italienne est assez surprenante en ce que la Cour constitutionnelle italienne est majoritairement une Cour qui privilégie l'adaptation constante du texte constitutionnel aux attentes et évolutions de la société. Ensuite, la Cour s'en tient strictement, dans son argumentation, à la définition du mariage par la loi, rappelant que rien dans la Constitution ne permet d'imposer une autre définition du mariage. « La question de constitutionnalité est inadmissible [comprendre : rejetée] car elle consiste à obtenir, de la part de la Cour, une décision additive non constitutionnellement imposée ». Donc la notion de mariage retenue est celle du Code civil, une union entre personnes de sexe différent. Cette interprétation « ne peut être dépassée par voie herméneutique » disent les juges constitutionnels ; en d'autres termes, la Cour refuse d'opérer une argumentation prétorienne et d'assumer, sur un sujet aussi sensible, son rôle de producteur de droit. → Parallèle évident avec la jurisprudence constitutionnelle française et le jugement en retenue dans le sens d'un refus de se substituer au législateur.

Remarque: cette jurisprudence constitutionnelle a cependant été suivie d'une jurisprudence protectrice de la Cour de cassation italienne (2012) qui a jugé que la non reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe ne devait signifier pour autant la non reconnaissance de tout droit pour les couples de même sexe. Notamment, les personnes sont titulaires d'un « droit fondamental à vivre librement leur existence de couple ». De plus, l'article 3 de la Constitution (principe d'égale dignité sociale) emporte l'interdiction de comportement homophobe et de discrimination fondée sur l'identité ou l'orientation sexuelle. Elle conclut en soulignant qu'est « radicalement dépassée la conception selon laquelle la diversité des sexes des époux est un présupposé indispensable, pour ainsi dire « naturaliste », à l'existence même du mariage ». Enfin, en mai 2016, le Parlement italien a adopté une loi créant une union civique. Ce texte établit un statut pour les concubins - hétérosexuels et gays - et crée en plus pour les seuls couples gays une union civile qualifiée de « formation sociale spécifique ».

Conclusion : la France et l'Italie se caractérisent par une jurisprudence constitutionnelle donnant une grande marge d'appréciation au législateur qui peut soit interdire ce type d'unions, soit les consacrer dans la loi. Les juges ont privilégié le respect de la séparation des pouvoirs en refusant de

se substituer au législateur et ont laissé le champ constitutionnel neutre sur cette question. Indirectement et implicitement, ces jurisprudences reconnaissent ce faisant la nature plus politique que juridique de la question de la consécration du mariage homosexuel en droit ou son refus. D'autres jurisprudences constitutionnelles ont au contraire fait le choix d'un interventionnisme juridictionnel au nom de la protection des droits fondamentaux des individus.

II- L'activisme jurisprudentiel au nom de la protection des droits

Nous prendrons ici l'exemple de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Cette dernière a rendu deux décisions importantes concernant la question de la reconnaissance ou du refus de reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe. Ces deux décisions sont bien différentes, la première ayant laissé les Etats fédérés libres de réglementer cette question comme ils l'entendent, la seconde au contraire, quelques années plus tard, ayant déclaré l'inconstitutionnalité de l'interdiction de célébrer l'union de couples homosexuels.

La première décision a été rendue par la Cour suprême en 2012 dans l'affaire *United States v. Windsor* où la Cour était saisie de la loi dite DOMA (Defense of Marriage Act) adoptée par le Congrès républicain en 1996 (donc une loi fédérale) et qui avait pour but de contrer ou de freiner les effets d'un jugement rendu en 1993 par la Cour suprême d'Hawaï ; plus précisément, cette loi avait pour conséquence de priver de tout effet juridique, au niveau fédéral, un mariage homosexuel lorsque celui-ci avait été célébré dans les Etats autorisant le mariage entre personnes de même sexe. La Cour suprême déclara ce texte contraire à la Constitution fédérale ; le raisonnement de la Cour repose essentiellement sur le principe américain du fédéralisme et notamment sur le principe de loyauté fédérale. En d'autres termes, le fédéralisme américain suppose le pluralisme juridique et permet donc aux Etats fédérés de décider librement de reconnaître ou non le mariage homosexuel.

→ d'une certaine façon, cette première décision de la Cour suprême américain peut être comparée aux exemples français et italien précédemment étudiés. Il est en effet possible de déceler dans cette jurisprudence le primat accordé par la Cour suprême au principe de séparation des pouvoirs mais redéfini dans un contexte fédéral. La séparation n'est pas ici entre le législateur et le juge (ou entre la politique et le droit comme pour le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle italienne) mais entre le pouvoir fédéral et les pouvoirs fédérés.

Mais la Cour suprême va rendre une seconde décision importante et bien différente en 2015 dans l'affaire *Obergefell*. Dans cette décision, la Cour a décidé que « le droit au mariage est un droit fondamental inhérent à la liberté de la personne » et que dès lors « les couples de même sexe ne peuvent être privés de ce droit et de cette liberté ». Cette position de la Cour suprême confirme d'abord la valeur constitutionnelle et fondamentale du droit au mariage aux Etats-Unis, valeur qu'elle avait déjà reconnu dans l'arrêt *Loving v. Virginia* (1967) en tant que droit personnel vital et essentiel « à tout homme libre pour rechercher le bonheur dans le respect des lois ». Or le caractère fondamental du droit au mariage emporte la reconnaissance de ce droit à tous, la Cour suprême mêlant ici droit au mariage et principe d'égalité. Dans ce contexte, l'exclusion des couples de même sexe du droit au mariage doit être justifiée dans un Etat démocratique ; or la Cour suprême considère qu'il n'existe aucune justification constitutionnelle à une telle exclusion.

Ainsi, la Cour suprême, abandonnant le contrôle sous l'angle de la séparation des pouvoirs dans un cadre fédéral, a jugé sur le fondement de la protection des droits fondamentaux. Il faut noter que cette décision a été très discutée et s'est accompagnée de la rédaction d'opinions dissidentes par trois juges minoritaires selon lesquels la Cour suprême se serait substituée au législateur ; selon eux, la Cour aurait ainsi rendu « un acte de volonté, non de jugement ». Ce faisant, la Cour aurait « confondu ses propres préférences avec les exigences des textes, privé les citoyens du vibrant débat démocratique qui les mobilisait dans les Etats en décidant de trancher elle-même la question litigieuse non sur le fondement de principes neutres de droit constitutionnel, mais sur le fondement de sa propre conception de ce que la liberté signifie et de ce qu'elle doit devenir ». De fait, la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe par les juges constitutionnels soulèvent nécessairement, au regard d'une thématique sociale, la question de la légitimité de ces juges dans une démocratie