Sous la direction de
Eleonora Bottini, Bernard Harcourt,
Pasquale Pasquino et Otto Pfersmann

Nouveaux regards sur des modèles classiques de démocratie constitutionnelle

États-Unis, Europe

mare & martin

Texte intégral
© Éditions mare & martin, 2018

ISBN 978-2-84934-274-9

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Pour les publications destinées à la jeunesse : application de la Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949.

Ce volume a été publié avec le soutien de l'Agence nationale pour la recherche (Projet blanc ANR attribué à l'UMR 7074).

La plupart des textes publiés dans ce volume est issue de contributions à trois colloques organisés dans le cadre du programme ANR *Néo-Rétro Constitutionnalismes*, codirigé par Olivier Cayla et Jean-Louis Halpérin.

Les contributions relatives à l'Europe du Nord sont issues du colloque international « Le contrôle de constitutionnalité en Europe du Nord, questions récentes et plus anciennes », organisé par Jean-Louis Halpérin, qui a eu lieu à l'École normale supérieure le 14 décembre 2012.

Les contributions relatives au modèle germanique sont issues du colloque international « Concepts et conceptions à l'épreuve de l'évolution du droit. Contributions des écoles allemandes et autrichiennes », organisé par Rainer Maria Kiesow, Pasquale Pasquino et Otto Pfersmann, qui a eu lieu à l'Institut historique allemand le 18 janvier 2013.

Les contributions relatives au modèle étatsunien sont issues du colloque international "Transformations of the U.S. Constitutional Structure in the Penal and Security Arena: 1990 to the present", organisé par Bernard Harcourt, qui a eu lieu le 30 juin 2014 au Paris Center of the University of Chicago.

La liste des interventions des colloques et les enregistrements vidéo peuvent être consultés sur le site Internet du programme Néo-Rétro à l'adresse suivante : http://www.neoretro-anr.fr/p-retro-constitutionnalisme_fr.htm.

Certaines contributions ont parfois été rendues à des dates fort antérieures à la publication de ce volume et n'ont pas toujours pu s'appuyer sur les données les plus récentes.

Sommaire

Préface
Pasquale PASQUINO

PREMIÈRE PARTIE
RENOUVEAU DU MODÈLE AMÉRICAIN ?

Introduction
Bernard E. HARCOURT

Chapitre 1. Deciding together: Supreme and Constitutional Courts
Pasquale PASQUINO

Chapitre 2. Fifteen Years of Supreme Court Criminal Procedure Work: Three Constitutional Brushes
Daniel RICHMAN

Chapitre 3. Constitutional Regulation of Contested Social Issues: Lessons from the U.S. Supreme Court's "Experiment" with Capital Punishment
Carol S. STEIKER

Chapitre 4. Human Dignity in U.S. Supreme Court's Decisions on Capital Punishment: A View From Europe
Elisabeth ZOLLER

Chapitre 5. From Post-War Humanism to the Calculating Self: Transformations in American Constitutional Adjudication in the Area of Criminal Procedure and National Security Since 1990
Bernard E. HARCOURT

DEUXIÈME PARTIE
RENOUVEAU DU MODÈLE ROMANO-GERMANIQUE D'EUROPE CONTINENTALE ?

Introduction
Eleonora BOTTINI

Chapitre 6. Kelsen comme technicien constitutionnel
Clemens JABLONER

Chapitre 7. Droits fondamentaux et droit constitutionnel : une confusion allemande
Antoine BASSET

Chapitre 8. La construction d'un style italien de justice constitutionnelle dans le contexte global
Eleonora BOTTINI

TROISIÈME PARTIE
NAISSANCE D'UN MODÈLE D'EUROPE DU NORD ?

Introduction
Jean-Louis HALPÉRIN

Chapitre 9. UK, Rights and a Constitution: An Endless Story
Charlotte GIRARD

Chapitre 10. Judicial review in Iceland and Denmark. Different developments from common origins
Björg THORARENSEN

Chapitre 11. Constitutional Judicial Review: the Dutch debate
Patricia POPELIER and Sarah LAMBRECHT

Liste des auteurs

Antoine BASSET, professeur à l'Université de Rouen

Eleonora BOTTINI, professeure à l'Université de Caen Normandie.

Charlotte GIRARD, maître de conférences HDR à l'Université Paris Nanterre.

Jean-Louis HALPÉRIN, professeur à l'École normale supérieure, directeur du Centre de théorie et analyse du droit.

Bernard E. HARCOURT, professor at Columbia Law School, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales, directeur du Columbia Center for Contemporary Critical Thought.

Clemens JABLONER, ancien président de la Haute Cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof*), professeur à l'Université de Vienne.

Sarah LAMBRECHT, Ph.D. candidate at the University of Antwerp, référendaire at the Belgian Constitutional Court.

Pasquale PASQUINO, directeur de recherches au CNRS, professor at New York University.

Patricia POPELIER, professor at the University of Antwerp, vice-dean at the Law Faculty.

Daniel RICHMAN, professor at Columbia Law School.

Carol S. STEIKER, professor at Harvard Law School.

Björg THORARENSEN, professor at the University of Iceland.

Elisabeth ZOLLER, professeure à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas.

à ces questions. C'est ce que les contributions qui suivent s'engagent à montrer.

Tourner le regard sur des formes classiques de démocratie constitutionnelle permet d'abord de rendre compte d'éléments parfois méconnus à force de décrire un modèle de la même manière en faisant abstraction de ses éléments concrets ; c'est également la meilleure façon d'en comprendre les évolutions récentes, et d'imaginer leurs transformations futures, ainsi que celles d'autres modèles plus récents et moins établis.

Chapitre 6

Kelsen comme technicien constitutionnel

par Clemens JABLONER,
ancien président de la Haute Cour administrative
(*Verwaltungsgerichtshof*), professeur à l'Université de Vienne

Traduction en français par Otto Pfersmann (EHESS).

Introduction

Hans Kelsen développa sa *Théorie pure du droit* en confrontation avec les conceptions juridiques de son temps. À la dimension académique se joignit cependant un autre élément d'une grande importance pour l'évolution de sa pensée, car il était, dès les premières années de sa carrière, également très actif comme praticien juridique, d'abord en politique juridique comme « technicien constitutionnel » principal de la transition entre la Constitution impériale de décembre 1867 et la Constitution républicaine et fédérale de 1920[1], ensuite dans l'application de cet instrument comme membre de la Cour constitutionnelle autrichienne jusqu'en 1929[2].

1. Cf. dernièrement Th. Olechowski, « Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung », *in* R. Walter, W. Ogris, Th. Olechowski (dir.), *Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit*, Manz, 2009, p. 211.
2. Cf. R. Walter, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Manz, 2005.

Il est évident que sa technique juridique était profondément influencée par sa conception méthodologique. Mais ses expériences de praticien ont également marqué le développement de sa théorie. Ce sont des exemples de ces effets réciproques qui seront au centre des considérations suivantes : il s'agit du style constitutionnel, de la hiérarchie des normes, de la justice constitutionnelle et de l'État fédéral. En guise de conclusion, on abordera la question de l'actualité de cet univers conceptuel.

I. Les concepts constitutionnels de la *Théorie pure du droit*

Pour Kelsen, la « constitution au sens logique du terme » n'est autre que le fondement supposé de l'ordre juridique dans son ensemble, donc « l'unité de l'ordre juridique en tant qu'elle fonde la Norme fondamentale dans son auto-mouvement » pour citer une formulation de la *Théorie général de l'État*.[3] La problématique de la Norme fondamentale et des différentes présentations qu'en donne Kelsen ne sera pas abordée ici.[4] Dans les considérations suivantes, il s'agira bien plutôt de la constitution comme niveau le plus élevé de l'ordre juridique. Selon Kelsen, elle a la fonction de régler les organes et la procédure de la production juridique générale, donc, dans l'État moderne, la législation.[5] C'est ce sous-ensemble substantiellement déterminé que Kelsen appelle « constitution au sens matériel ».[6] Il oppose ce concept à celui de la « constitution au sens formel ». Il s'agit ici de normes juridiques relevant d'une certaine forme de production soumise à des conditions plus difficiles. Le droit constitutionnel matériel serait certes fréquemment produit en tant que droit constitutionnel formel, mais ce n'est nullement une nécessité. Le droit constitutionnel formel aurait par ailleurs la fonction supplémentaire de déterminer la législation de manière positive ou négative.

La constitution au sens matériel est un élément conceptuellement nécessaire de tout ordre juridique.[7] Kelsen extrait d'autres éléments d'un idéaltype de constitution moderne de manière empirique en observant des constitutions contemporaines. Ces éléments sont toutefois contingents : les droits fondamentaux comme éléments négatifs de production, les conditions renforcées de production, l'auto-interprétation du document comme « Constitution » ou l'exigence d'un document constitutionnel unique.[8]

II. Kelsen et la Constitution fédérale autrichienne

Le fondement de validité de la Constitution autrichienne se trouve dans la Déclaration d'indépendance du Gouvernement provisoire d'État du 27 avril 1945. Il s'agit d'un renouveau révolutionnaire, cet acte constitue la « constitution historiquement première » au sens juridique du terme.[9] La Déclaration d'indépendance mit en œuvre (fut le prélude à) la réception de la Constitution du 1er octobre 1920, à la formation de laquelle Kelsen avait contribué de manière décisive.[10] Cette Constitution, appelée « Loi constitutionnelle-fédérale » (*Bundes-Verfassungsgesetz*) est encore, matériellement considérée, en vigueur aujourd'hui, avec de nombreux suppléments et modifications.

3. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, p. 249. Cf. également H. Kelsen, « Die Funktion der Verfassung », *in* H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (dir.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Europa-Verlag, 1968 (reprint Franz Steiner Verlag 2010), vol. 2, p. 1615-1622 : « La fonction de la Constitution consiste dans la fondation de validité ».
4. Cf. R. Walter, « Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm », *in* même auteur (dir.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Manz, 1992, p. 47.
5. Cf. pour ce qui suit : H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e édition, Deuticke, 1960, p. 228.
6. Par endroit il est également question de la « constitution au sens strict », cf. H. Kelsen, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit », Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRl) 5, Walter de Gruyter, 1929, p. 36. Concernant le développement de la conceptualisation, cf. R. Alexy, « Hans Kelsens Begriff der Verfassung », *in* S. Paulson, M. Stolleis (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, 2005, p. 333.
7. Cela vaut également lorsqu'une constitution, éventuellement développée par voie coutumière, détermine à son tour la coutume comme fait générateur de la production normative ; cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e édition, *op. cit.*, p. 231.
8. Parfois aussi qualifiée de « constitution au sens large », v. *supra*.
9. Cf. R. Walter, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, Manz, 1972, p. 22.
10. Cette Constitution a toutefois fait l'objet de la réception mentionnée dans la version de la grande révision de 1929 qui affaiblit le système parlementaire. Kelsen, qui ne participa plus à cette réforme, l'a vigoureusement critiquée.

Elle était précédée d'une transition constitutionnelle après l'effondrement de la monarchie des Habsbourg.[11] La Constitution dite de décembre 1867, avait auparavant été en vigueur dans la partie autrichienne de l'Empire[12]. Il s'agissait d'un ensemble de cinq lois fondamentales d'État.[13] Bien des éléments de la Constitution de décembre se sont (ont été) conservés jusqu'aujourd'hui, notamment dans le domaine des droits fondamentaux et dans le système de protection juridictionnelle.

Kelsen avait une part essentielle dans l'élaboration de la Constitution en tant que conseiller de la Commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée constituante.[14] Après avoir présenté sa thèse d'habilitation en 1911, les *Problèmes principaux de la théorie générale de l'État*, il était considéré comme l'étoile montante de la doctrine publiciste autrichienne. Son talent, son habilité et une certaine chance lui permirent d'accéder à la fin de la Monarchie et au début de la République dans des positions où ses capacités allaient pouvoir pleinement s'épanouir. Si l'on demande quelle était l'influence réelle de Kelsen sur l'élaboration de la Constitution fédérale, il convient de répondre qu'il ne lui était guère possible d'imposer simplement ses propres idées. Sa fonction était plutôt celle d'un légiste. Il s'agissait pour lui, comme il le dira plus tard, « de codifier de la façon la plus précise en termes de technique juridique les principes politiques donnés, tout en installant des garanties efficaces de la constitutionnalité des fonctions étatiques ».[15] Kelsen réussit cependant à gagner de l'influence sur le contenu de la Constitution par le biais de la technique juridique.

11. Cf. en détail G. Schefbeck, « Verfassungsentwicklung 1918-1920 », *in* Österreichische Parlamentarische Gesellschaft (dir.), *75 Jahre Bundesverfassung*, Verlag Österreich, 1995, p. 53.
12. Selon la dénomination officielle, les « Royaumes et Länder représentés à la diète impériale ».
13. Cf. pour les détails, W. Brauneder, « Verfassungsentwicklung 1848-1918 », *op. cit.*, p. 19.
14. Cf. Th. Öhlinger, « Hans Kelsen – Vater der österreichischen Bundesverfassung ? », *in* G. Kohl, Ch. Neschwara, Th. Simon (dir.), *Festschrift für Wilhelm Brauneder*, Manz, 2008, p. 407 et Th. Olechowski, « Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung », *op. cit.*
15. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e édition, *op. cit.*, p. 69.

L'ascendant de Kelsen n'est compréhensible que si l'on replace sa personne et son style de pensée dans le contexte de la culture juridique autrichienne de l'époque. Le droit public de la double Monarchie était très compliqué, à commencer par la construction de l'État et se poursuivait dans de très complexes problèmes de doctrine constitutionnelle. Le courant positiviste était particulièrement développé en Autriche. Son représentant principal était le maître et prédécesseur de Kelsen, Edmund Bernatzik. Dans un État comprenant de multiples nationalités, le positivisme constituait en toute hypothèse la seule option méthodologique envisageable [16].

Autour de 1910 se constitua un groupe de jeunes publicistes : aux côtés de Kelsen on trouve ses amis et compagnons de cordée, Franz Weyr, Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross et Leonidas Pitamic. Il se développa ainsi un style spécifique de la discussion doctrinale constitutionnelle, incluant des éléments théoriques sous l'influence de Kelsen. Un exemple bien connu en est le débat entre Weyr, Verdross et Merkl au cours des années 1916 et 1917 sur la question de « l'inaltérabilité de normes juridiques ».[17] Ce sont ces discussions que Kelsen avait présentes à l'esprit en tant que technicien constitutionnel.

16. « Considérant que l'État autrichien se composait de tant de groupes, différents par la race, la langue, la religion et l'histoire, les théories qui cherchaient à fonder l'unité de l'État sur un quelconque rapport socio-psychologique ou socio-biologique des personnes appartenant juridiquement à cet État se révélaient clairement comme des fictions. En tant que cette théorie de l'État constitue un élément essentiel de la Théorie pure du droit, celle-ci peut être considérée comme une théorie spécifiquement autrichienne. », H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e édition, p. 62.
17. Cf. Fr. Weyr, « Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen », in : *Juristische Blätter* 1916, p. 387, A. Verdroß, « Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers », in : *Juristische Blätter* 1916, 471, 483 ; également A. Merkl, « Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip », in : *Juristische Blätter* 1917, 97, 109. À propos de cette controverse, cf. R. Walter, « Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm », *op.cit.*, p. 47-49. Concernant le caractère toujours pertinent de cette discussion, cf. P. Holländer, « Tschechische Erfahrungen für die Verfassungsgesetzgebung », in : P. J. Tettinger (†), K. Stern (éds.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, C.H. Beck, 2006, p. 158-160.

III. Éléments kelséniens dans la Loi constitutionnelle fédérale

A. Le style constitutionnel

« *Lex moneat non doceat* » (la loi doit prescrire, non enseigner) – cet ancien adage est fort peu suivi dans les textes constitutionnels. Car les constitutions sont régulièrement des lieux « d'assurance de soi » d'un peuple, d'un État, de valeurs communes, des écrits d'édification et d'instruction[18]. Naturellement tout ce qui devient contenu d'une constitution peut acquérir une signification normative. Une constitution peut placer l'accent plutôt sur une déclaration de valeurs ou plutôt sur les « règles du jeu » de la formation de la volonté politique. En dépit de nombreux ajouts en sens opposé, la Constitution autrichienne est un exemple de cette deuxième conception.[19] Il n'était pour autant guère dans l'intention de Kelsen que les droits fondamentaux ne fassent pas fait l'objet de son œuvre constitutionnelle et qu'ils soient intégrés par voie d'une clause de réception à partir de la Constitution de décembre. Il était simplement impossible de trouver un consensus en la matière et l'on se contenta alors des acquis relativement élaborés de la révolution bourgeoise[20], tout en introduisant quelques nouveaux éléments.[21]

Le talent de Kelsen consiste dans la solution processuelle d'intérêts opposés ainsi que dans la prévision de champs potentiels de conflits. C'est ainsi qu'il esquisse des dispositions qui sont à la fois assez succinctement formulées et cependant relativement précises. Aucune constitution ne peut toutefois résoudre tout conflit possible.

18. Cf., avec un grand nombre d'autres références : A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassungen Europas*, Duncker und Humblot, 2001, p. 70. On peut penser, actuellement, aux aspects folkloriques du coup constitutionnel en Hongrie.
19. Cf. R. Walter, « Einführung : Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 und seine Kommentierung », *in* H. Kelsen, G. Froehlich, A. Merkl, *Die Bundesverfassung von 1920*, Deuticke, 1922 (reprint Vienne Verlag Österreich 2003), p. 7 ainsi que P. Pernthaler, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, Verlag Österreich, 2004, p. 47.
20. Cf. H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht*, Tübingen Mohr, 1923, p. 163.
21. Cf. ainsi la reformulation du principe d'égalité ou l'abolition de toute forme de censure préventive.

En accord avec la ligne du modernisme viennois, le style « formel » de Kelsen est caractérisé par une langue précise et dénuée d'ornements, mais surtout par l'absence d'explications déclaratives. Alors que le Chancelier Renner voyait dans la Constitution également une œuvre de pédagogie populaire[22], devant s'expliquer elle-même par des expressions de principe, Kelsen dénie toute fonction juridique à de telle déclarations. Il critiquait par conséquent comme parfaitement inutiles les dispositions intégrées contre son gré dans la Constitution, selon lesquelles l'Autriche est une république, une démocratie et un État fédéral[23].

On observe également la signature de Kelsen dans le fait que la Loi constitutionnelle fédérale évite le concept de « pouvoir d'État » ou « puissance publique ». Il est en revanche question de fonctions juridiques et de compétences[24].

La Constitution n'est pas non plus précédée d'un préambule. On pourrait éventuellement dire avec Marie Theres Fögen que la Constitution sans préambule constitue une victoire de Robespierre sur Platon.[25] Il est toutefois très douteux que l'on puisse attribuer une valeur si élevée au renoncement des rédacteurs de la Constitution à un préambule et en retracer l'origine à l'influence de Kelsen. Il rapporte en effet qu'un préambule, discuté en séance, n'a finalement pas été adopté « pour la raison toute formelle que la Loi constitutionnelle fédérale ne constituait pas un document constitutionnel complet en l'absence d'une codification autonome

22. Cf. la lettre de Kelsen à Adolf Schärf du 6 décembre 1955, partiellement publiée dans J. Hannak, *Karl Renner und seine Zeit*, Europa Verlag, 1965, p. 402.
23. Cf. H. Kelsen, G. Froehlich, A. Merkl *Die Bundesverfassung von 1920, op. cit.*, p. 65.
24. Cf. H. Kelsen, G. Froehlich, A. Merkl, *Die Bundesverfassung von 1920, op. cit.*, p. 65 : « Dans la sphère du droit et de la doctrine juridique il ne peut être question de pouvoirs, mais seulement de normes juridiques déterminant des compétences ». Dans le même esprit les fonctions étatiques ne s'appellent plus – comme cela avait été dans la Constitution de décembre – « pouvoir législatif, pouvoir gouvernemental et exécutif, pouvoir judiciaire », mais « législation, exécution et juridiction ».
25. M. T. Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 2007, p. 9 : « Le 11 août 1792 a été un jour sombre pour Platon. La Constituante à Paris avait décidé avec effet immédiat que "tous ses décrets seront imprimés et publiés *sans préambule*...". Robespierre l'avait emporté. »

des droits et libertés fondamentaux. Peut-être, aussi, une formule solennelle ne semblait-elle pas convenir au début de la Constitution d'un État dont beaucoup de participants aux délibérations n'étaient guère entièrement convaincus qu'il pût survivre »[26].

C'est ici qu'apparaît une spécificité de l'histoire constitutionnelle autrichienne : aucune Constitution n'a été élaborée à partir d'un renouveau triomphal de l'État et de la société. C'étaient toujours des ruines qui ont servi d'éléments d'un nouveau début : la législation constitutionnelle est comme une architecture d'aménagement de ruines. Ainsi en fut-il en 1804, après la dissolution du Saint Empire romain germanique, en 1867, après l'exclusion de la Confédération allemande, en 1918, après l'effondrement de la monarchie des Habsbourg et en 1945, après l'inconcevable désastre du national-socialisme. Il est remarquable que l'ambiance plutôt mélancolique de ces moments se conjugue régulièrement avec une particulière finesse juridique. Les Autrichiens ont toujours été de meilleurs juristes qu'ils n'ont été des politiques. C'est ainsi qu'on construisit en sous-main les fondements de l'existence étatique de l'Autriche en 1804, un État de droit presque parfait en 1867 et en 1920 une Constitution très innovante, en 1945 la réception de la Constitution de 1920 permit d'éviter une discussion constitutionnelle paralysante et la menace d'un coup d'État communiste.

B. Droit constitutionnel et hiérarchie des normes

1. Le droit constitutionnel comme forme normative

La théorie de la hiérarchie des normes (*Stufenbau der Rechtsordnung*), dynamisée par Adolf Julius Merkl, constitue un élément important de la *Théorie pure du droit*. Elle prend son point de d'appui dans la structure élémentaire de l'ordre juridique, l'opposition entre la norme générale et son exécution[27]. Étant donné que tout ordre juridique présente

26. Cf. H. Kelsen, G. Froehlich, A. Merkl, *Die Bundesverfassung von 1920*, *op. cit.*, p. 63. À l'époque, il n'était pas question d'un préambule, mais d'un « *proemium* », une formule initiale solennelle. Concernant la discussion actuelle, cf. M. Moser, « Nicht jedem Anfang wohnt ein Zauber inne. Vom B-VG 1920 zur gegenwärtigen Präambeldiskussion », in T. Ehs (dir.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Vienne Facultas, 2009, p. 193.

27. Cf. A. Merkl, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », *in Mélanges Kelsen*, Springer, 1931, p. 252 (reproduit dans *Die Wiener rechtstheoretische*

nécessairement une telle structure, du moins de manière rudimentaire, l'agencement hiérarchique est donné *a priori*. Dans un ordre juridique positif moderne et complexe réglant sa propre dynamique, cette structure hiérarchique de normes conditionnantes et conditionnées peut être plus ou moins développée. Une qualité supplémentaire de la différenciation interne d'un ordre juridique est atteinte lorsqu'on introduit un « rapport de destruction normative », donc une hiérarchie selon la force dérogatoire, avec des organes destinés à cet effet et des procédures appropriées.[28]

La Constitution de décembre connaissait déjà – comme la plupart des constitutions – la distinction entre lois constitutionnelles et lois simples[29]. Il était également largement admis que les lois simples devaient trouver leur fondement de validité dans la Constitution. Il n'existait en revanche pas de certitude quant à la question de savoir quelles lois devaient être produites en tant que lois constitutionnelles et quelles seraient les conséquences de la production d'une loi en violation de la Constitution[30]. Dans l'ancien Parlement impérial autrichien – tout comme dans la diète impériale allemande[31] – la question de la production correcte de la loi constituait par conséquent un élément constant de controverse. En Autriche, c'était le Président du Parlement impérial qui était habilité à déterminer la forme de production appropriée. Éventuellement, le Parlement pouvait décider à la majorité simple si une loi devait être produite selon la forme

Schule, vol. 2, p. 1071, *op. cit.*, et H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e édition, *op. cit.*, p. 228).

28. Cf. C. Jabloner, « Stufung und "ntstufung" des Rechts », *in Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 2005, p. 163-170.

29. Cf. l'article 15 de la Loi fondamentale d'État sur la représentation dans la diète impériale, RGBl. Nr. 141/1867, dans la version de la loi du 2 avril 1873, portant modification de la Loi fondamentale sur la représentation dans la diète impériale du 21 décembre 1867 (RGBl. Nr. 141), RGBl. Nr. 40/1873.

30. Concernant ce qui suit cf. G. Stourzh, « Qualifizierte Mehrheitsentscheidungen in der Entwicklung des österreichischen Verfassungsstaates 1848-1918 », *in* A. G. Manca, L. Lacchè (dir.), *Parlamento e Costituzione nei sistemi constituzionali europei ottocenteschi – Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssysteme Europas*, Il Mulino et Duncker et Humblot, 2003, p. 29-38.

31. Cf. E. Wiederin, « Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung », *in Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 2004, p. 175-181.

constitutionnelle. La Constitution de décembre n'offrait pas de mécanisme de solution de conflit.

Kelsen a rendu le droit constitutionnel techniquement opératoire, c'est-à-dire qu'il a articulé la hiérarchie des normes dans le droit positif. Il a formalisé le concept de droit constitutionnel. Le droit constitutionnel ne devait parvenir à l'existence juridique, en dehors de l'exigence de la majorité qualifiée – que s'il était explicitement qualifié en tant que « droit constitutionnel », et indépendamment de la question de savoir si sa production était requise sous cette forme ou non. Il apparaît ainsi clairement que les normes déjà en vigueur au niveau constitutionnel ne pouvaient être modifiées que par des lois constitutionnelles au sens formel du terme. Il est toutefois parfaitement loisible au législateur de produire du droit constitutionnel nouveau. À propos de notre sujet, il convient ainsi d'observer que le concept de « constitution au sens formel » était aussi le résultat d'une question de technique juridique.

2. La justice constitutionnelle

Si le législateur devait cependant ne pas respecter la règle de production, alors – et c'est la deuxième innovation – un organe juridictionnel, la Cour constitutionnelle, sera habilité à contrôler et à annuler les lois inconstitutionnelles. La justice constitutionnelle est considérée comme le chef-d'œuvre de Kelsen et il l'a lui-même vu de cette manière.[32]

Sous l'angle institutionnel, les compétences du contrôle des normes ont été ajoutées à celles de l'ancien Tribunal d'Empire, dont les attributions couvraient, en tant que haute justice d'État, la mise en œuvre de la responsabilité ministérielle et en tant que juridiction administrative spéciale le contrôle des droits fondamentaux. Il convient d'observer que la motivation constitutionnelle pour l'introduction du contrôle était la construction fédérale de l'État : il fallait un organe en vue de la solution de conflits de compétences. L'aspect aujourd'hui dominant de la conformité des lois aux droits fondamentaux était juste à l'état de germe et peu présente dans la pensée de Kelsen. Ce n'est que plus tard qu'il développe

32. « La partie qui m'importa le plus et que je considère comme mon œuvre la plus personnelle, la justice constitutionnelle, n'a guère été modifiée au cours des délibérations parlementaires. », *Hans Kelsen im Selbstzeugnis, in Reine Rechtslehre*, 2e édition, *op. cit.*, p. 70.

le véritable potentiel de la justice constitutionnelle – et la théorie de la Cour constitutionnelle comme « gardienne de la Constitution » – dans la controverse avec Carl Schmitt.[33]

La forme européenne de la justice constitutionnelle est ainsi apparue en quelque sorte en passant. Il convient de retenir que la justice constitutionnelle kelsénienne se distingue fondamentalement de celle de la Cour suprême américaine : en effet, dans le système autrichien, la compétence de la Cour constitutionnelle ne se limite pas au fait de prononcer l'inapplicabilité de la loi ou de rendre des décisions dont la portée juridique n'est pas claire, mais consiste proprement dans la fonction de « législateur négatif ». Les annulations de la Cour constitutionnelle sont publiées dans la Gazette fédérale, c'est à dire l'organe de publication des lois fédérales[34], les décisions de la Cour constitutionnelle sont dotées d'effets exactement déterminés dans la Constitution. Il ne s'agit donc pas de conférer une priorité dans le cas particulier au droit constitutionnel – comme c'est le cas pour la Cour de justice de l'Union européenne pour le droit de l'Union – mais de corriger l'état du droit[35].

On ne peut négliger le fait que la théorie de l'interprétation de Kelsen selon laquelle l'interprétation scientifique constitue un cadre de solutions possibles[36] est étroitement liée à la construction d'un contrôle en cassation de la conformité d'actes juridiques et qu'elle l'a peut-être même inspirée. Tant la théorie de l'interprétation que la limitation des cours constitutionnelles à la seule annulation peuvent paraître étroites et dépassées au regard de la dynamique interprétative des juridictions suprêmes contemporaines. Pour Kelsen, toutefois, une justice constitutionnelle juridiquement différenciée consistait précisément dans cette fonction d'annulation. Évidemment, le droit constitutionnel positif peut attribuer des compétences supplémentaires à une juridiction constitutionnelle, mais alors il s'agira plutôt déjà d'une cour suprême.

3. Dévalorisation du droit constitutionnel ?

Une propriété spécifique de la Constitution fédérale autrichienne consiste dans le fait que le droit constitutionnel formel peut être produit

33. H. Kelsen, « Wer soll der Hüter der Verfassung sein ? », *Die Justiz*, 1931, p. 576.
34. Respectivement la Gazette de *Land* pour les lois des *Länder*.
35. Cf. C. Jabloner, « Stufung und "Entstufung" des Rechts », *op. cit.*, p. 170.
36. Cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e édition, *op. cit.*, p. 348.

non seulement en modifiant le document constitutionnel, mais aussi par la voie de lois constitutionnelles particulières et même sous la forme de dispositions constitutionnelle incluses dans des lois simples. La Constitution de décembre, déjà, n'était pas constituée d'un document unique. La Loi constitutionnelle fédérale intégrait des parties de la Constitution de décembre et elle était accompagnée d'une loi de transition de niveau constitutionnel – une tradition de la fragmentation du droit constitutionnel entretenue jusqu'à nos jours. On fait souvent le reproche à Kelsen d'avoir quasiment favorisé la production de droit constitutionnel et que sa conception formalisée de la constitution ait conduit à une dévalorisation de la substance constitutionnelle. Selon le mot d'esprit du célèbre constitutionnaliste autrichien Theo Öhlinger, la « Constitution est considérée très précisément, mais n'est pas prise au sérieux »[37]. Il y a là assurément un grain de vérité, mais le reproche à l'adresse de Kelsen n'en va pas moins, semble-t-il, dans le vide.

Kelsen ne se faisait pas d'illusion. Il voyait le danger que la Constitution soit soumise à des pressions constantes. Par la possibilité d'introduire des dispositions constitutionnelles dans des lois simples, il s'agissait d'opposer un obstacle à la pratique des « ruptures constitutionnelles » (*Verfassungsdurchbrechungen*) qui ont lourdement pesé sur la Constitution de Weimar. En ce sens, le droit constitutionnel autrichien a bien été « codifié », mais en un sens uniquement formel[38].

37. « Verfassung und Demokratie in Österreich zu Beginn des 21. Jahrhunderts », *in Kultur der Demokratie. Festschrift für Manfried Welan zum 65. Geburtstag*, Vienne Böhlau, 2002, p. 217-222.

38. Cf. E. Wiederin, « Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung », *op. cit.*, p. 180, note 6. Il n'est pas possible de réaliser simultanément les objectifs de législation constitutionnelle que sont d'une part la détermination univoque de la forme du droit constitutionnel et d'autre part la limitation matérielle de ce droit constitutionnel aux seuls contenus « dignes de figurer dans une constitution ». En effet, une restriction du droit constitutionnel formel supposerait l'introduction d'une norme constitutionnelle de niveau supérieur qui limiterait en substance les compétences du législateur constitutionnel. Mais le problème n'en serait que déplacé d'un cran, car cette norme de compétence serait à son tour ouverte à tout contenu, ce qui exigerait une restriction par une norme encore plus élevée et ainsi de suite. La conclusion tirée de ce dilemme, selon laquelle seul une exigence de codification selon

4. La révision constitutionnelle

Il convient, en fin de compte, de mentionner que la Constitution fédérale est entièrement conçue comme une constitution modifiable. Le troisième alinéa de l'article 44 rend possible non seulement la révision partielle déjà présentée, mais aussi sa « révision totale », c'est-à-dire son abrogation et son remplacement par une nouvelle constitution, fondée sur des principes tout à fait différents. Un tel changement constitutionnel exige toutefois obligatoirement un référendum. Là aussi était sans doute déterminante l'idée qu'une constitution qui se déclare éternelle n'est pas en mesure de tenir sa promesse. Des révolutions ne peuvent jamais être exclues et il est en toute hypothèse préférable d'introduire une nouvelle constitution par une voie elle-même constitutionnellement conforme[39]. On ne se prononcera pas ici sur la question de savoir s'il est plus sensé d'attribuer à une constitution ou certaines de ses parties une validité « éternelle » comme c'est le cas dans la Loi fondamentale allemande.

L'habilitation à la « révision totale » de la Constitution fédérale a cependant conduit à la problématique de l'interprétation prévue par Kelsen[40] : la doctrine et la jurisprudence constitutionnelle se sont largement entendues pour établir un lien entre la « révision totale » et des « principes » ou une « structure fondamentale ». Les déclarations initiales de la Loi constitutionnelle fédérale y avaient contribué. Plus récemment, ces éléments ont constitué la porte d'entrée pour l'introduction d'une « conception des principes » qui n'a que fort peu de choses à voir avec la méthodologie de Kelsen[41].

l'exemple de l'article 79, 1er alinéa de la Loi fondamentale allemande permettrait de résoudre le problème, néglige la dynamique de la législation constitutionnelle (cf. E. Wiederin, *op. cit.*). Le fort obstacle que la Constitution américaine oppose à la production de nouveau droit constitutionnel qui apparaît déjà dans la conception selon laquelle la Constitution ne peut être changée que par « amendement » transfère la dynamique de l'évolution du droit constitutionnel à la surpuissante Cour suprême.

39. C'est en ce sens que Kelsen entendait sauver l'identité de l'État (cf. plus loin III).

40. Cf. H. Kelsen, G. Froehlich, A. Merkl, *Die Bundesverfassung von 1920*, *op. cit.*, p. 124.

41. Cf. Th. Öhlinger « Hans Kelsen – Vater der österreichischen Bundesverfassung ? », *op. cit.*, p. 422.

IV. L'actualité des conceptions de Kelsen

A. Une guerre de mots ?

La discussion concernant le concept de constitution de la *Théorie pure du droit* est un cas particulier du débat autour de son concept de droit : un ordre de contrainte régulièrement efficace est décrit comme un « ordre juridique » en supposant une Norme fondamentale. Tout comme il lui est opposé que l'exigence de justice inhérent au concept de droit serait ainsi perdue, il est objecté que le concept de constitution serait stérile. La conceptualisation – si l'on y tient – formellement réduite viderait le concept de constitution et le priverait de sa substance démocratique[42].

Il est vrai que Kelsen développe un concept spécifiquement juridique de constitution. Les concepts juridiques ne sont pas susceptibles d'être vrais ou valides, ils répondent uniquement à un critère d'utilité. D'autres concepts constitutionnels, qu'ils soient d'origine historique ou politique,[43] ne sont pas exclus pour autant. Il serait toutefois inopportun que le concept juridique de constitution s'éloignât trop fortement des représentations courantes de la plupart des hommes et des femmes.[44] Les concepts juridiques devraient aussi demeurer commensurables par rapport aux concepts sémantiquement équivalents dans d'autres disciplines scientifiques, comme par exemple l'histoire. Comme il a été montré plus haut, Kelsen cherche cependant à éviter ces difficultés par l'intégration de contenus contingents dans le concept de constitution.

On pourrait écarter tout cela comme de vaines disputes conceptuelles.[45] Mais la discussion sur la Constitution de l'Union Européenne montre que les controverses autour de dénominations et de concepts peuvent être

42. Cf. par exemple D. Grimm, « Entwicklung und Funktion des Verfassungsbegriffs », *in* W. Wiegang *et al.* (dir.), *Symposium zum 65. Geburtstag von Prof. Jörg Paul Müller*, Bern Stämpfli, 2005, p. 7-9.
43. Cf. seulement H. Dreier, V° « Verfassung », *in* Sandkühler (dir.), *Enzyklopädie Philosophie*, vol. 3, Felix Meiner, 2010, p. 2867.
44. En ce sens D. Grimm, « Entwicklung und Funktion des Verfassungsbegriffs », *op. cit.*, p. 7.
45. Cf. K. Popper, *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*, 4e édition, Hoffmann und Campe, 1984, p. 127 : « Car les concepts sont d'un côté des moyens pour la formulation de théories, d'un autre côté des moyens en vue de

politiquement chargées. Que l'on pense simplement à la question de savoir si l'Union Européenne a bien une Constitution[46] – avant ou après le Traité de Lisbonne. Parmi les juristes domine l'opinion selon laquelle il est tout à fait possible de parler d'une Constitution de l'Union pour autant que l'ordre juridique européen, considéré comme autonome, « suppose une norme ou un complexe de normes régulant la production du droit formant cet ordre ».[47] Autant dans la revendication d'une « véritable » Constitution européenne que dans le refus véhément d'une telle dénomination se montre, me semble-t-il, une tendance à surévaluer les concepts juridiques d'un point de vue politique, que ce soit à partir d'une démarche naïve ou d'une intention manipulatrice. D'un point de vue juridique, il n'est pas possible d'argumenter qu'une Constitution de l'Union ne mériterait pas la dénomination « Constitution » sans une démocratie entièrement développée. L'objection que l'Union Européenne ne serait pas un État et ne pourrait pas recevoir de constitution pour cette raison ou qu'elle deviendrait un État si elle en avait une est tout aussi peu plausible. L'idéologie de la souveraineté étatique qui se cache derrière ces affirmations fait justement partie des victimes les plus célèbres de la critique kelsénienne des idéologies.

B. Perte de fonction du concept de constitution ?

Une autre critique du concept juridique de constitution retenu ici pourrait consister dans l'affirmation que la révolution juridique l'aurait dépassé. Le concept de constitution aurait perdu ses contours et, partant, sa fonction exclusive.

Le besoin spécifiquement juridique de différencier des couches de normes par leur fonction perd en effet son importance, lorsque le droit positif et son analyse scientifique sont en régression. C'est ce qui se produit lorsque le législateur constitutionnel constitutionnalise de larges parties de l'ordre juridique, comme récemment en Hongrie. La tendance consiste ainsi à réduire le principe parlementaire démocratique

les résumer. En toute hypothèse, leur fonction est principalement instrumentale et il est toujours possible de les remplacer par d'autres. » Cf. aussi p. 323.
46. À propos de cette discussion cf. A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassungen Europas*, *op. cit.*, p. 30.
47. En ce sens Th. Öhlinger s'appuyant sur la *Théorie pure du droit*, « Braucht Europa eine Verfassung ? », *Journal für Rechtspolitik*, 2002, p. 37-39.

qui repose sur le principe de la majorité (simple)[48]. Le nivellement de l'ordre juridique est également un produit de la jurisprudence des cours suprêmes revendiquant une souveraineté interprétative pour l'ensemble du système ou des cours constitutionnelles cherchant – avec le même résultat – à (ré-)interpréter de larges domaines du droit conformément à la Constitution[49].

Il est également exact que la communautarisation des ordres juridiques européens les rend dans une certaine mesure plus « grossiers » tout comme la dogmatique afférente. La perte de structuration est par ailleurs favorisé par l'emploi massif de systèmes électroniques d'information juridique constituant autant la condition que la conséquence de la dynamique du droit de l'Union[50]. Une pensée juridique structurale commence alors à devenir encombrante.

Il n'est pas ici possible d'établir des pronostics. Il demeure uniquement l'espoir que même dans les ordres juridiques européanisés et globalisés le besoin de structures plus claires se fasse à nouveau plus distinctement sentir. Une étatisation plus sédimentée de l'Union pourrait y contribuer.

En résumé, nous plaidons donc ici pour l'actualité continue de la conception constitutionnelle de Kelsen – au moins entre et à l'usage des juristes. Il s'agissait de faire apparaître dans quelle mesure il avait réussi à transposer ses enseignements théoriques dans la pratique législative et combien celle-ci avait influencé ses propres réflexions.

48. Cela peut aussi être réalisé par l'introduction d'une couche « intermédiaire » de normes juridiques : cf. l'art. 5 de la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011, mais aussi l'art. 14, alinéa 10 de la Loi constitutionnelle fédérale.
49. Cf. M. Pöschl, *Die Zukunft der Verfassung*, Jan Sramek, 2010, p. 12.
50. Cf. A. Voßkuhle, « Das Leitbild "des europäischen Juristen" – Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland », *in Rechtswissenschaft*, 2010, p. 326-333.

Chapitre 7

Droits fondamentaux et droit constitutionnel : une confusion allemande

par Antoine BASSET,
professeur à l'Université de Rouen*

L'exercice du pouvoir en démocratie semble naturellement appeler la défiance : les défaites que connaît souvent au plan local le parti dirigeant au plan national en sont un exemple. Un autre en est, en Allemagne, le peu d'éclat dont jouissent parmi la population les partis

* Note sur les abréviations : les ouvrages déjà cités sont mentionnés ensuite sous une forme simplifiée, comportant seulement le nom des auteurs et les mots-clefs du titre ; pour les articles, on renvoie en plus à la note où se trouvent les références complètes.
Les articles de la Loi fondamentale allemande (Grundgesetz) sont signalés par leur numéro, suivi de l'abréviation « GG ».
Les décisions du Bundesverfassungsgericht sont citées en général telles qu'elles apparaissent dans le recueil officiel (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, BVerfGE) : on signale le tome, le numéro de page où commence la décision, et le cas échéant les pages plus particulièrement concernées.