

Alexandre VIALA.

Il est bien acquis qu'en France, la doctrine constitutionnelle dans son ensemble tout comme le juge constitutionnel ont pris une orientation hostile à la notion de *supraconstitutionnalité* qui implique l'idée d'une limitation matérielle opposable au pouvoir constituant[1]. En terre hexagonale, en effet, où le contrôle juridictionnel des choix d'opportunité politique assumés par les gouvernants demeure une question très discutée, le concept de souveraineté est regardé, depuis Jean Bodin, comme un principe structurant du droit public. Le pouvoir y est davantage assimilé à une puissance qu'à une investiture. Il s'agit bien d'une tradition dont la pesanteur historique est très forte et qui plonge ses racines tant dans notre héritage capétien savamment entretenu par les jacobins sous la Révolution française que dans l'idéal légicentriste exalté depuis Jean-Jacques Rousseau jusqu'à la III^{ème} république. La retenue juridictionnelle, toujours en vigueur malgré l'existence de l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution qui interdit au législateur constitutionnel de s'en prendre à « *la forme républicaine du gouvernement* », se présente donc, de prime d'abord, comme le reflet d'une culture juridique française très attachée à la souveraineté de l'État, depuis que Jean Bodin la conceptualisa au XVI^{ème} siècle.

Nous voudrions montrer, au terme de cette étude, le caractère hâtif de cette lecture en vue de soutenir, au contraire, que le refus du juge constitutionnel français de rendre opposable au législateur constitutionnel les dispositions de l'article 89 alinéa 5 de la Constitution n'est pas une jurisprudence mobilisée au service d'une sanctuarisation de la souveraineté de l'État. Cette ascèse juridictionnelle permet bien plutôt à celui-ci d'abandonner au profit d'organes supranationaux, par la voie du législateur constitutionnel, des attributs substantiels de sa propre souveraineté. La solution inverse, qui consisterait, comme refuse toujours de le faire le Conseil constitutionnel, à soumettre de façon effective le pouvoir de révision à ce que la doctrine allemande appelle une « *clause d'éternité* »[2], serait de nature à offrir à la doctrine souverainiste une ressource paradoxale lui permettant d'ériger la souveraineté au rang de principe immuable. Telle fut l'attente des partisans du souverainisme lors de son émergence dans le débat politique à la fin du XX^{ème} siècle. Ces derniers voyaient dans la notion de supraconstitutionnalité des vertus éminemment précieuses - et paradoxales - pour protéger le souverain contre lui-même en assignant, au tournant des années 1990, des limites matérielles au législateur constitutionnel. Nous avons donc eu affaire à une doctrine qui avait besoin, pour sanctuariser le principe de souveraineté qu'elle érigea au rang de dogme, de tirer les bénéfices d'une autre doctrine dont la logique implique la soumission du pouvoir de révision, réputé souverain, au juge constitutionnel. Tout en étendant la logique de l'État de droit jusqu'aux sommets les plus élevés, la supraconstitutionnalité devenait l'objet d'une instrumentalisation par des discours qui exaltaient au plus haut point la souveraineté de l'État. Semblable curiosité juridique fait écho à un paradoxe qu'a soulevé dans un passé plus lointain encore, un célèbre juriste scandinave, connu sous l'appellation de « *paradoxe d'Alf Ross* ». Que nous dit, en substance, le dilemme logique que cet auteur avait mis en lumière ?

Rappelons d'abord qu'Alf Ross (1899-1979) est un juriste danois qui fut professeur à l'Université de Copenhague et juge à la Cour européenne des droits de l'homme de 1959 à 1971. Il rédigea sa thèse de doctorat dans les années trente, sous la direction de Hans Kelsen, avant de se convertir au réalisme

scandinave, se distinguant à cet égard d'un autre disciple du maître viennois, Charles Eisenmann, qui demeura normativiste durant toute sa carrière. Sans qu'il ne reflète en rien l'appartenance de son auteur à la mouvance réaliste, laquelle ne constituera pas, au demeurant, l'objet de la présente analyse, le raisonnement d'Alf Ross consistait à mettre en évidence l'impossibilité logique pour le souverain de s'autolimiter sans perdre pour autant sa qualité de souverain. Il évoquait, pour ce faire, le dilemme de la toute-puissance de Dieu. Le juriste danois imaginait en effet la phrase suivante : « *Dieu est tellement puissant qu'il pourrait inventer une pierre qu'il ne pourrait pas lui-même soulever* ». Cette assertion, faisait-il fort justement remarquer, est dénuée de sens car de deux choses l'une. Si Dieu invente une telle pierre, son inaptitude à la soulever traduirait son impuissance. Mais s'il ne peut pas inventer cette pierre sans perdre sa toute-puissance, c'est qu'il ne peut pas tout inventer et qu'il n'est pas, dès lors, si tout-puissant[3]. Pour bien saisir l'utilité de ce paradoxe qui nous permet de mettre en lumière le profit qu'a pu étrangement tirer le souverainisme, dans un passé relativement récent, du mythe de la supraconstitutionnalité (II), revenons d'abord sur la contemporanéité des notions mêmes de souverainisme et de supraconstitutionnalité (I).

I. La contemporanéité du souverainisme et de la supraconstitutionnalité

Il est d'usage de constater, périodiquement, l'introduction dans le vocabulaire scientifique de termes nouveaux qui d'abord s'imposent à titre de néologisme puis qui finissent par circuler couramment dans le langage ordinaire. Les termes de « *supraconstitutionnalité* » et de « *souverainisme* » font partie, depuis le début des années quatre-vingt-dix, de cette catégorie d'outils terminologiques très en vogue au moment de leur émergence. Le premier doit son apparition dans notre vocabulaire à Stéphane Rials qui, dans un article anticipant une série de travaux qu'alimentera par la suite la réflexion occasionnée par les nombreuses révisions constitutionnelles de la décennie quatre-vingt-dix du siècle dernier[4], affirme présente dans toutes les doctrines qui tiennent pour indiscutable l'existence de limites matérielles opposables au pouvoir constituant, l'idée - à défaut du mot - de supraconstitutionnalité (A). Importé du Québec où l'audience des indépendantistes attachés à la souveraineté de la province francophone est longtemps demeurée vivace, le second est apparu en France en réaction, justement, à ces manifestations successives du pouvoir constituant des années quatre-vingt-dix lequel, en amendement le texte constitutionnel, s'en prenait à la souveraineté nationale dès qu'il fallait satisfaire les exigences de la construction européenne (B).

A. L'émergence de la notion de supraconstitutionnalité

La notion de supraconstitutionnalité apparaît donc en France, pour la première fois, sous la plume de Stéphane Rials qui en discerne l'esprit dans toutes les doctrines favorables à l'existence de limites matérielles opposables au pouvoir constituant. Allant jusqu'à repérer, chez Kelsen, un refoulé jusnaturaliste dans l'énoncé logico-transcendantal énonciateur de la *Grundnorm*, l'auteur soutient qu'on

ne peut éviter de penser le droit en termes de supraconstitutionnalité et s'appuie en cela sur un certain nombre d'exemples tels que la doctrine du droit objectif du doyen Léon Duguit, « *l'idée de droit* » suggérée par Georges Burdeau ou encore l'article 16 de la Déclaration du 26 août 1789 qui subordonne l'aptitude d'un texte à revendiquer le digne label de Constitution à l'existence, dans son énoncé, de garanties protectrices des droits de l'homme et de dispositions organisant la séparation des pouvoirs. Fondamentalement, la notion de supraconstitutionnalité plonge ses racines dans l'œuvre de Carl Schmitt qui, en faisant le départ entre la Constitution (*Verfassung*) et les lois constitutionnelles (*Verfassungsgesetze*), a enrichi la distinction d'Emmanuel Sieyès entre pouvoir constituant et pouvoir constitué d'une dualité supplémentaire qui oppose le pouvoir constituant originaire au pouvoir constituant dérivé. Pour cet auteur connu pour son anti-formalisme, si les lois constitutionnelles sont de simples *normes*, la Constitution qui est le véritable fondement de l'ordre juridique est le fruit de la *décision* d'un peuple ou d'un chef, qu'aucune norme, pas même les lois constitutionnelles, ne saurait effacer par un simple jeu d'écriture formel. Au sein d'un texte constitutionnel, il convient pour Carl Schmitt de faire la différence entre les dispositions relatives aux droits fondamentaux ou à la souveraineté de l'État et celles, plus techniques, relatives notamment au régime des sessions du Parlement. Si toutes ces dispositions sont, du point de vue formel, d'un rang identique en tant qu'elles relèvent du même support textuel, les premières sont matériellement supérieures aux secondes car elles touchent au cœur de la Constitution et ne peuvent dès lors, contrairement aux autres, être abrogées par une simple loi constitutionnelle[5]. Cette idée qu'il existe, au sein d'un texte constitutionnel, un noyau de dispositions qui détiendraient une valeur substantiellement supérieure aux autres et ontologiquement indérogeables, est très proche des doctrines du droit naturel. Elle s'inscrit dans une démarche qui revêt pleinement, d'un point de vue épistémologique, les couleurs de l'idéalisme. Elle consiste en effet à ériger au rang de vérité objective, des dispositions que le droit formel (positif) hisse pourtant au même rang que d'autres dispositions auxquelles est refusée la supraconstitutionnalité. Ce qui est tenu pour objectivement suprême n'est dès lors rien d'autre que ce qui l'est dans la conception subjective de celui qui invoque la supraconstitutionnalité. Il n'est d'ailleurs pas fortuit de constater qu'une telle théorie qui affirme l'objectivité d'un noyau supra-constitutionnel ait été paradoxalement conçue par un auteur, Carl Schmitt, dont on connaît l'ontologie décisionniste et subjectiviste du droit. Tel est bien le signe de la fragilité épistémologique de toute pensée de type substantialiste qui, en revendiquant l'objectivité de certaines valeurs, cache mal la subjectivité qui se manifeste derrière elle. D'où le reproche qui a pu être légitimement adressé, plus tard, à cette notion en laquelle on a pu apercevoir les dangers du gouvernement des juges. C'est pourquoi, au demeurant, le Conseil constitutionnel français a su y résister en refusant de contrôler les lois constitutionnelles après tout une décennie durant laquelle des révisions constitutionnelles ont été réalisées, parfois au détriment de la souveraineté de l'État[6].

B. Le souverainisme face aux révisions constitutionnelles

de la décennie quatre-vingt-dix

Supraconstitutionnalité et souverainisme : la contemporanéité des deux notions, en France, n'est pas due au hasard. Elle est liée à une période de turbulence constitutionnelle, sous la Vème république, dont témoigne, à partir de 1992, la fréquence des révisions entreprises par les pouvoirs publics pour adapter le texte suprême aux évolutions de la société internationale lorsque l'histoire s'accéléra après la chute du communisme et l'effondrement de l'Union soviétique. Il est d'ailleurs symptomatique que l'une des plus importantes contributions doctrinales ayant pour la première fois, au lendemain de l'article de Stéphane Rials[7], soumis la notion de supraconstitutionnalité à un examen attentif – en l'occurrence pour en contester la pertinence – est une réflexion conduite à propos des perspectives de révision constitutionnelle qu'allait entraîner, au détriment de la souveraineté nationale et préalablement à la ratification du traité de Maastricht, la déclaration d'inconstitutionnalité de ce dernier que le Conseil constitutionnel n'allait pas manquer de prononcer[8]. Avatar contemporain des doctrines du droit naturel, le thème de la supraconstitutionnalité s'impose au moment où la Constitution essuie une série de « coups de canif »[9] qui marque, par des transferts de compétences concédés tant aux organes de l'Union européenne[10] qu'à ceux de certaines collectivités infra-étatiques dotés de statuts dérogatoires[11], une crise de la souveraineté. Face à ces mutations qui ébranlèrent le modèle étatique westphalien, le recours au droit naturel semblait donc se conjuguer sur le ton de l'exaltation de la souveraineté.

Certes, il ne saurait être question de nier la parenté ontologique entre la supraconstitutionnalité et les droits de l'homme. Pendant cette décennie quatre-vingt-dix qui exposait le texte constitutionnel à de fréquentes retouches, c'est au nom de la défense de certaines libertés fondamentales de la personne humaine que des auteurs se sont manifestés haut et fort pour critiquer certaines interventions du législateur constitutionnel[12]. En Allemagne, ce sont les droits fondamentaux, énoncés par les articles 1 et 20 de la Loi Fondamentale, qui sont sanctuarisés par l'article 79 alinéa 3 du même texte. Et si ces droits attachés à la personne humaine partagent le bénéfice de l'immutabilité avec la structure fédérale du pays, il n'est jamais question, outre-Rhin, d'ériger la souveraineté nationale au rang de principe indisponible. Mais dans le contexte français, la supraconstitutionnalité ne s'épuise pas dans la seule figure de l'État de droit et des droits de l'homme. Contrairement à l'Allemagne, où le traumatisme provoqué par l'expérience du nazisme explique le zèle avec lequel ses élites ont privilégié, dès 1949, la notion de *Rechtsstaat* au détriment du principe de souveraineté, la France ne s'est jamais départie de son statocentrisme culturel dont les plus vifs représentants réclamaient, pour s'assurer de la pérennisation de la souveraineté nationale, le concours du juge constitutionnel dont on sait, paradoxalement, qu'il répond davantage à une logique libérale qu'à une finalité étatiste.

C'est alors à l'encontre de ce qu'ils regardaient comme une abusive instrumentalisation de l'article 89 de la Constitution, que les parlementaires de l'opposition d'obédience souverainiste, emmenés par Charles Pasqua, s'étaient dressés en septembre 1992 en déférant le traité de Maastricht au Conseil constitutionnel. Tandis que la même année, une large majorité parlementaire venait d'amender la Constitution pour la rendre compatible avec le traité[13] – déjà examiné une première fois par le Conseil

dans la plus pure logique normativiste de l'aiguillage[14] - cette seconde saisine qui allait inmanquablement se heurter à l'autorité de la chose jugée, était fondée sur une critique de la révision du 25 juin laquelle, aux yeux des requérants, n'avait en rien régularisé un traité qui avait vocation à rester contraire au principe réputé naturel de la souveraineté nationale[15]. La critique incidemment instruite par Charles Pasqua à l'encontre de la révision du 25 juin 1992, aussitôt balayée d'un revers de main par le Conseil constitutionnel au nom de la souveraineté du pouvoir constituant[16], avait donc le mérite de mettre en relief une certaine approche formaliste des juges constitutionnels. Ces derniers se gardaient bien de reconnaître au principe de souveraineté une valeur supraconstitutionnelle assignant au pouvoir constituant l'interdiction de disposer de sa propre souveraineté.

Tel est l'immense paradoxe dont est entachée cette étrange relation entre la supraconstitutionnalité et le souverainisme : tandis que l'État a ouvert son système juridique interne à des règles supranationales qu'on ne saurait regarder, malgré leur apparence, comme supraconstitutionnelles dans la mesure où leur consécration découle d'une souveraine instrumentalisation des procédures de révision, c'est la tentation du repli sur la souveraineté nationale et la contestation doctrinale de cette liberté du souverain d'aliéner sa propre souveraineté qui témoignent de la persistance, en France, du mythe de l'indisponibilité du droit et de la croyance en l'existence de règles supraconstitutionnelles.

II. Le mythe de l'indisponibilité du droit au service du souverainisme

Durant cette période marquée par la montée en puissance, dans la doctrine, du thème de la supraconstitutionnalité, la tentation fut grande de désigner l'ouverture du droit interne au droit international comme une preuve de son existence empirique. Telle était notamment l'attitude de Louis Favoreu. Devant l'incrédulité de Georges Vedel pour qui la supraconstitutionnalité « *emprunt(ait) au droit naturel sa commode plasticité* »[17], le doyen d'Aix-en-Provence s'appuyait sur des sources de droit positif pour nous rendre témoin de ce qu'il appelait la « supraconstitutionnalité externe ». Ces sources n'étaient rien d'autre, à ses yeux, que les dispositions du droit international en général et du droit européen en particulier par rapport auxquelles les constitutions nationales sont invitées à s'ajuster[18].

Or, la supériorité du droit international par rapport à la Constitution, si tant est qu'elle soit admise sans préjudice de la théorie française de l'écran constitutionnel[19], ne s'analyse qu'en termes de droit positif et résulte d'un transfert de compétences consenti souverainement par le pouvoir constituant dans l'exercice illimité de sa propre souveraineté. Cette réalité est évidemment étrangère à l'idée de supraconstitutionnalité, forme contemporaine des doctrines du droit naturel, qui assigne au contraire au pouvoir constituant une limite consistant à lui interdire de disposer de sa propre souveraineté et qui trouve, par voie de conséquence, l'une de ses plus fortes déclinaisons politiques dans le souverainisme. La supraconstitutionnalité ne saurait se confondre, comme le pensait à tort le doyen Favoreu, avec la supranationalité des droits humains garantis dans des conventions internationales. Elle relève du droit constitutionnel qui est un droit interne et met en lumière ce paradoxe, dont Alf Ross avait défini les

contours, aux termes duquel, pour ériger la souveraineté en valeur indisponible, le juge constitutionnel devrait soustraire celle-ci à la disposition du souverain qui, dans ces conditions, n'est plus souverain.

Cette impasse logique dans laquelle le souverainisme a vocation à s'enfermer en sacralisant la souveraineté et en l'érigeant au rang supraconstitutionnel est l'une des répliques contemporaines de l'impasse dans laquelle s'enferma jadis, au XIX^{ème} siècle, le légalisme devenu prisonnier d'une tension entre volontarisme et rationalisme juridiques (A). En même temps, on retrouvera des analogies avec cette tentation souverainiste de recourir au mythe de l'indisponibilité du droit, dans le discours contemporain de sacralisation de la dignité humaine qui est une subversion objectiviste des droits subjectifs de la personne (B).

A. Le souverainisme comme réplique contemporaine du légalisme

Dans la mouvance souverainiste française, se distinguent des personnalités politiques de premier plan qui ne cachent pas leur attachement aux valeurs républicaines constitutives du droit moderne tel qu'il s'est construit en 1789. Le discours qui consiste à crier haro sur les transferts de compétences consentis par l'État aux organes de l'Union européenne s'appuie très souvent sur la défense du principe d'indivisibilité de la République et sur celui du monopole parlementaire dans l'exercice du pouvoir législatif. Faisant table rase d'un désordre normatif où triomphaient encore, dans la France d'Ancien Régime, les corps intermédiaires et l'aristocratie judiciaire, ce rationalisme constructiviste dont se réclame l'idéologie souverainiste contient aussi, parmi les valeurs qui le constituent, le primat de la loi sur le juge au nom duquel le contrôle de constitutionnalité des lois a été longtemps et reste encore tenu pour suspect. L'Europe est d'ailleurs souvent regardée, dans la vulgate souverainiste, comme un redoutable modèle de société où rayonnent, au détriment de la régulation politique assurée démocratiquement par les Parlements nationaux, la loi du marché et le pouvoir des juges. Or, au moment où se succèdent les transferts de compétences étatiques au profit de l'union européenne, par une sorte d'ironie dont l'histoire de la controverse argumentative a le secret, c'est dans ce juge – en particulier le juge constitutionnel – que les gardiens de l'orthodoxie républicaine ont placé leurs espoirs, pour obtenir la préservation des valeurs dont ils affirment l'indisponibilité. C'est au juge qu'ils en appelèrent pour empêcher, au nom de la supraconstitutionnalité, ce qu'ils regardaient comme une dérive supranationale susceptible d'offrir aux juges une place qu'ils considéraient illégitime. C'est au nom de la Constitution qu'ils se dressèrent pour enrayer un processus qui porte atteinte au règne de la loi. Tandis que le légicentrisme, incarnation d'une tradition positiviste qui tient le droit pour l'instrument du politique, constitue l'un des axes majeurs de leur modèle institutionnel de société, c'est sous la bannière de l'indisponibilité juridique et avec les outils du constitutionnalisme qu'ils en ont réclamé la préservation.

C'est dans cette contradiction que s'est enfermé Jean-Pierre Chevènement, alors figure emblématique de cette orthodoxie républicaine, en s'opposant à une réforme qu'il voyait comme une entreprise de

démembrement de la souveraineté étatique menée par le gouvernement de Lionel Jospin. L'atteinte aux grands principes républicains dont la réforme était porteuse, aux yeux de Jean-Pierre Chevènement, n'était pas commise au profit de la construction européenne mais en faveur de la collectivité territoriale de Corse marquée par une forte identité insulaire. En invoquant l'indisponibilité des principes d'unité, d'égalité et de souveraineté à l'appui de sa critique d'un projet de loi accordant à l'assemblée territoriale de Corse le pouvoir de déroger aux lois et règlements à titre expérimental[20], l'ancien ministre de l'intérieur qui avait démissionné du gouvernement pour manifester son désaccord, prenait le risque, selon Dominique Rousseau, de poser de tels principes « *quelque part au-dessus des hommes, dans un droit naturel ou/et sacré qui n'est pas davantage dans la tradition plutôt positiviste des républicains* »[21]. En opposant l'immutabilité du monopole législatif du Parlement à ce projet de loi qu'allait voter ce même Parlement pour accorder à la Corse un droit à l'expérimentation législative, Jean-Pierre Chevènement déniait à l'organe souverain, au mépris de la tradition républicaine à laquelle il appartient, sa toute-puissance législative. Il ne pouvait ériger au rang supra-législatif le monopole législatif du Parlement « *sans contrevenir alors à la tradition républicaine fondée sur le...règne de la loi. Complexe !* »[22]. En somme, il ne pouvait pas proclamer l'indisponibilité du principe d'instrumentalité du droit sans s'exposer au paradoxe dont rend bien compte Alf Ross au sujet du dilemme de la toute-puissance de Dieu.

Cette contradiction dans laquelle s'enferme le souverainisme n'est pas surprenante quand on sait le destin paradoxal qu'a connu la pensée juridique moderne. Entamée à la fin du Moyen âge à l'époque du tournant nominaliste, la modernité juridique est d'abord empreinte de volontarisme. Elle est ce moment de l'ontologie du droit qui repose, à rebours de l'aristotélico-thomisme qui irriguait l'occident depuis l'Antiquité gréco-romaine jusqu'aux premiers temps de la chrétienté médiévale, sur la relativité des valeurs. Ce volontarisme trouve une forme d'illustration dans le renvoi systématique à la loi auquel procède la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 pour assurer la mise en œuvre concrète des droits naturels subjectifs dont ce texte postule l'existence : la préservation de ces mêmes droits subjectifs ne devait pas être directement confiée au juge sans que la société ne coure le risque de sombrer dans l'insécurité juridique. Pourtant, dès cette époque – et c'est un des aspects de la dialectique de la modernité – aux lendemains de la Révolution française, un tel terreau subjectiviste sur lequel fleurira plus tard le discours républicain et souverainiste, réputé de tradition positiviste, devait s'alimenter d'un discours faisant appel à la raison. C'est qu'il fallait fonder la légitimité d'un Code civil qui cachait mal ses orientations sociologiquement marquées au service des intérêts de la bourgeoisie triomphante. Le droit naturel des Anciens et la volonté divine de la seconde scolastique médiévale ayant été détrônés de leur statut d'étalon indisponible, le droit naturel moderne qui plaçait l'homme au centre de l'univers juridique, ne pouvait faire l'économie d'une nouvelle référence. C'est la raison qui allait parer de ses vertus la loi étatique que le tournant philosophique moderne range pourtant dans le monde volitionnel et irrationnel de la subjectivité. Ce paradoxal retournement par lequel, sous la bannière de la raison, le positivisme légaliste du XIX^{ème} siècle allait finir par figer et réifier la loi qui n'est pourtant rien d'autre qu'un instrument déontique marqué du sceau de la contingence, trouve son explication dans la stratégie de classe des juristes de l'époque du Code civil : il fallait réputer celui-ci comme l'expression de la *rationalité* du législateur, afin de préserver les acquis de l'idéologie libérale triomphante contre toute interprétation *contra legem* susceptible d'émaner d'un corps judiciaire toujours suspecté d'attachement à

la vieille France aristocratique. A l'instar des juristes légalistes qui exaltaient la loi, qui n'est pourtant que l'expression de l'instrumentalité du droit, en rationalisant son contenu en vue de le rendre indisponible, les souverainistes contemporains s'enfermeront, lors du tournant de la construction européenne, dans le même type de contradiction les conduisant à revendiquer au profit du souverain une protection contre lui-même par le recours à la supraconstitutionnalité. Chemin faisant, leur démarche n'était pas dénuée d'analogie avec celle qu'empruntent aujourd'hui les tenants du concept de dignité humaine.

B. L'étrange analogie entre le souverainisme et le concept de dignité humaine

En parant la loi moderne des vertus de la raison, le légalisme brouillait la logique positiviste dans laquelle, depuis Hobbes, cette loi trouvait son assise : tandis qu'avec le philosophe anglais, celle-ci s'appréciait en termes d'*autorité*[23], elle devenait l'expression de la *vérité* dans l'esprit des thuriféraires exaltés du Code civil. De même aujourd'hui, en érigeant la souveraineté au rang indisponible de principe supraconstitutionnel, le souverainisme en obscurcit la définition dans la mesure où il assigne au souverain une limite – celle de ne pas aliéner sa propre souveraineté – que celui-ci devrait pourtant ignorer en tant que souverain. Dans les traces du légalisme qui subvertissait la notion moderne de loi, se loge le souverainisme qui corrompt la notion moderne de souveraineté. Tel est le type même de bouleversement paradoxal qu'opère sur la notion moderne de droits de l'homme l'exaltation contemporaine de la dignité humaine. Expliquons-nous.

Tandis qu'au XIX^{ème} siècle, cette concession à l'essentialisme n'était pas explicite chez les défenseurs de la complétude de la loi qui utilisaient, pour légitimer le Code civil, le terme apparemment neutre « *d'expression de la rationalité du législateur* », le retournement objectiviste du discours souverainiste contemporain, sous la bannière ostensible de la supraconstitutionnalité, ne trompe au contraire personne. Cette dérive objectiviste n'est pas sans rappeler l'orientation post-moderne – d'aucuns disent anti-moderne[24] – de la notion de dignité humaine. Les adeptes contemporains de la dignité humaine finissent, au nom du souci de protéger l'homme contre sa propre volonté, par dénaturer la notion moderne et subjectiviste des droits de l'homme. Elle aussi en vogue dans le vocabulaire juridique d'aujourd'hui, la notion de dignité de la personne humaine a vu son audience croître à mesure que le discours en faveur des droits de l'homme prenait de l'ampleur au seuil des années 1980. Mais c'est à rebours de l'acception moderne de tels droits que s'est opéré l'usage de ce nouveau concept normatif lorsque lui était imputée la charge, non pas de protéger l'humanité contre l'oppression de la raison d'État qui est incontestablement une fonction conforme aux exigences de la philosophie des Lumières, mais de la préserver des dérives de la volonté humaine. Il s'agit en effet des cas dans lesquels est opposée à l'individu l'interdiction de tenir à son propre égard un comportement qui serait susceptible de dégrader sa propre dignité sans que le consentement de l'intéressé à un tel rabaissement ne puisse l'exonérer de sa responsabilité. La contestation doctrinale de cet usage de la dignité humaine, largement orchestrée par Olivier Cayla dans ses écrits cités plus haut, visait notamment en France deux affaires fameuses qui

intéressèrent ce qu'on appelle de nos jours des questions sociétales. La première a trait au « *lancer de nain* » dans laquelle le Conseil d'État, en ajoutant à la définition de l'ordre public un élément immatériel résidant dans le respect de la dignité humaine, validait un arrêté municipal interdisant la pratique à laquelle se livrent dans les boîtes de nuit les personnes de petite taille qui instrumentalisent leur handicap à dessein de divertir le public en se laissant suspendre à un élastique pour être projeté dans la foule[25]. La seconde, connu sous le nom « *d'affaire Perruche* »[26], est née du droit qu'a reconnu la Cour de cassation à un enfant handicapé de demander réparation de son préjudice de naissance au médecin obstétricien à qui il reprochait d'avoir privé sa mère du recours à l'avortement pour ne pas avoir détecté la rubéole de celle-ci pendant sa grossesse. Aux yeux des « *anti-perruchistes* », détracteurs de la position prise par la Cour de cassation dans cette seconde affaire, celle-ci aurait porté atteinte à la dignité de la personne humaine car en accordant à un individu le droit de se plaindre d'être né handicapé, elle l'autorisait à s'en prendre à l'indisponibilité de sa nature handicapée dont il n'est que le dépositaire naturel.

C'est donc bien en termes d'hétéronomie que s'articule tout raisonnement consistant à invoquer la dignité de la personne humaine pour justifier la prohibition de certaines activités (cas *Morsang-sur-Orge*) ou de certaines prétentions à faire valoir des droits subjectifs (cas *Perruche*). Dans toutes ces occurrences, comme le fit remarquer Olivier Cayla, la notion de droits de l'homme telle qu'elle résulte des théories modernes du droit naturel se trouve totalement subvertie parce qu'au nom de la conception de la dignité humaine qui en ressort, l'homme ne pourrait pas disposer comme il l'entend de sa propre intégrité physique et morale et ne serait dès lors que le dépositaire d'une humanité qui le transcenderait et au nom de laquelle sa liberté individuelle serait compromise. De sorte qu'une telle subversion nous ramène aux conceptions anciennes du droit naturel en vertu desquelles c'est la nature et non la loi positive qui est érigée au rang d'instance normative. L'homme appartient à sa nature mais n'est plus, comme le concevait Descartes, maître et possesseur de celle-ci. Le même retournement post-(anti)moderne s'observe lorsqu'on déplace le regard du sujet individuel vers le moi commun de l'État : la notion de souveraineté de l'État telle qu'elle résulte des théories modernes et artificialistes du contrat social se trouve intégralement subvertie par une idéologie souverainiste qui entend imposer l'idée que l'État ne s'appartient pas mais appartient à sa souveraineté. Tel est en substance ce que le paradoxe d'Alf Ross nous aide à repérer lorsqu'on s'évertue à comprendre la manière avec laquelle certaines doctrines finissent par briser les idoles qu'elles glorifient.

Alexandre VIALA,

Professeur à l'Université de Montpellier

CERCOP

[1] Bien sûr, il n'est pas question de nier l'existence d'une solide et honorable dissidence en faveur de la thèse d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, comme en atteste la position d'Olivier Beaud (O. Beaud, *La puissance de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, 1994) réitérée par le même auteur dans un article plus récent (O. Beaud, *Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle*, Juspoliticum, n°18, juillet 2017). Mais la prise de position du doyen Georges Vedel dans des écrits antérieurs (Cf., notamment, G. Vedel, *Schengen et Maastricht*, RFDA 1992, p. 173), défavorable à la limitation matérielle du pouvoir de révision, aura sans doute emporté la conviction du Conseil constitutionnel qui, dans un premier temps, affirma que « *le pouvoir constituant est souverain* » sous réserve du respect de la *forme républicaine du gouvernement* (CC n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, rec. 76), pour rejeter catégoriquement, quelques années plus tard, toute éventualité d'un contrôle des lois de révision constitutionnelle (CC n° 03-469 DC, 26 mars 2003, J.O., 29 mars 2003, p. 5570).

[2] Tel est le terme employé par ladite doctrine (*Ewigkeitsklausel*) pour définir l'article 79 de la Loi fondamentale allemande de 1949 qui, en son alinéa 3, rend « inadmissible » tout amendement constitutionnel susceptible de mettre en cause la structure fédérale du pays ou de porter atteinte aux droits fondamentaux énoncés aux articles 1 et 20 du même texte.

[3] Alf Ross évoque ce dilemme dès 1958, dans son fameux livre *On Law and Justice* puis, plus tard, en 1969, dans son article *On self-reference and a puzzle in constitutional law*, in revue *Mind*, vol. 73, n° 309, janvier 1969, pp. 1-24. On trouve une substantielle présentation du paradoxe d'Alf Ross par Michel Troper dans son étude sur *La notion de principes supra-constitutionnels*, in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF-Léviathan, 2001, p. 195, spéc. p. 207. Claude Klein y consacre également tout un chapitre dans son ouvrage sur le pouvoir constituant (C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, coll. « les voies du droit », 1996, pp. 124 et s.).

[4] S. Rials, *Supra-constitutionnalité et systématicité du droit*, Archives de Philosophie du Droit, n° 31, 1986, p. 57 et s.

[5] C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1928, trad. Lilyane Deroche, préf. Olivier Beaud, rééd. 1993, P.U.F.-Léviathan.

[6] CC n° 03-469 DC du 26 mars 2003, Rec., 293. Sur la supraconstitutionnalité, la littérature est abondante. Voir en particulier O. Jouanjan, *La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ?* in *La République en droit français*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Economica, 1996, p. 267 ; O. Beaud, *Maastricht et la théorie constitutionnelle, la nécessaire et inévitable distinction*

entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle, Les Petites Affiches, 31 mars 1993, n° 39, p. 14 ; C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, op. cit.

[7] S. Rials, *Supra-constitutionnalité et systématisme du droit*, op. cit.

[8] Il s'agit de l'article de Georges Vedel dans lequel l'auteur, dans la plus pure tradition positiviste, défend la thèse de la souveraineté du pouvoir de révision constitutionnelle auquel il serait dangereux, pour l'équilibre démocratique et la légitimité du contrôle de constitutionnalité, d'opposer cette « mystérieuse supraconstitutionnalité » (*Schengen et Maastricht*, op. cit.).

[9] L'expression est imputable à Yves Guéna, alors président du Conseil constitutionnel et dans les propos souverainistes duquel on reconnaît souvent l'influence d'un parcours politique marqué par le gaullisme. L'auteur prit la plume dans le journal *Le Monde* pour manifester son inquiétude devant cette frénésie du législateur constitutionnel dont les interventions répétées ne pouvaient que dénaturer, à ses yeux, une République jusque-là une et indivisible (Y. Guéna, *Des coups de canif dans la Constitution*, *Le Monde*, 25 janvier 2000).

[10] De tels transferts furent, à l'époque, imputables à la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 préalable à la ratification du traité de Maastricht et à la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999 à laquelle était subordonnée la ratification du traité d'Amsterdam.

[11] Les deux révisions constitutionnelles les plus représentatives de ce processus de démembrement de l'État destiné à satisfaire des revendications territoriales identitaires et spécifiques au risque de bouleverser l'épure uniforme dans laquelle est dessinée l'architecture locale française, étaient celle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie ainsi que celle du 28 mars 2003 qui accordait aux collectivités locales, sous certaines conditions, le pouvoir de déroger aux lois et règlements nationaux à titre expérimental.

[12] Ce fut le cas notamment d'Olivier Beaud qui, dans un virulent billet d'humeur, s'emporta contre la façon dont la majorité politique de l'époque conduite par Edouard Balladur avec la complicité passive du Président Mitterrand, surmonta le veto du Conseil constitutionnel pour faire passer, par la loi constitutionnelle du 13 novembre 1993, certaines dispositions d'une loi proposée par Charles Pasqua dont la teneur entraînait une restriction de l'exercice du droit d'asile. Tandis que les Sages, emmenés par leur Président Robert Badinter, venaient de condamner ces dispositions législatives comme contraires au 4^{ème} alinéa du Préambule de 1946, le législateur constitutionnel les régularisait aussitôt par un simple jeu d'écriture que la hiérarchie formelle des normes cautionne dans sa logique. Cette conception « normativiste » ou « législative » de la Constitution provoqua l'émotion d'Olivier Beaud qui en appelait, dans son article, à une nécessaire subordination du pouvoir constituant dérivé au contrôle de constitutionnalité, afin que les citoyens soient protégés des risques de dérive liberticide des majorités politiques (O. Beaud, *Malaise dans la Constitution*, *Libération*, 2 décembre 1993).

[13] Loi constitutionnelle du 25 juin 1992 insérant un nouveau titre (« De l'Union européenne »).

[14] CC n° 92-308 DC du 9 avril 1992, rec. 55.

[15] La critique des requérants était fondée sur le maintien de certaines dispositions constitutionnelles auxquelles le traité restait contraire, tels que l'article 34 qui fonde la compétence du Parlement national en matière monétaire ou l'article 3 qui lie la citoyenneté à la nationalité. Par conséquent, l'insertion du titre XV rendait illisible une Constitution qui affirmait des principes auxquels se juxtaposaient des dispositions qui les contrariaient.

[16] CC n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, rec. 76. Dans ses motifs, la Haute instance affirme la souveraineté du législateur constitutionnel qui a le loisir « d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ». Dans ces conditions, le procès en illisibilité de la Constitution telle qu'elle résulte du processus révisionnel n'avait, aux yeux du Conseil, aucune légitimité dans la mesure où rien ne fait obstacle à l'insertion d'une disposition (le titre XV) qui déroge à des principes dans des cas particuliers comme la construction européenne.

[17] G. Vedel, *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ?*, Pouvoirs, n° 45, 1988, p. 149.

[18] L. Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, Pouvoirs n° 67, 1993, p. 71, spéc. p. 76.

[19] CE Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, rec. 255 ; CE Ass, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, AJ. 1998, p. 962, chr. Raynaud et Fombeur ; Cass. 2 juin 2000, *Fraisie*, Europe, août-sept. 2000, note A. Rigaux et D. Simon, chron. 8.

[20] Votée par le Parlement, cette faculté concédée à la Corse sera censurée par le Conseil constitutionnel au motif qu'« en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution » (CC n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, rec. 70). Un an plus tard, Jean-Pierre Raffarin constitutionnalisera le droit des collectivités locales à l'expérimentation législative par la révision du 28 mars 2003.

[21] D. Rousseau, *Corse : une autre cohérence*, Le Monde du 16 février 2001.

[22] Ibid.

[23] Telle est la signification de la formule célèbre de Hobbes, « *c'est l'autorité et non la vérité qui fait la loi* » (Th. Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, 1651, trad. F. Tricaud, Paris, Dalloz, 1999, Chapitre XXVI, p. 181. L'auteur réitère la célèbre formule dans son *Dialogue entre un philosophe et un légiste des Common-Laws d'Angleterre*,

trad. L. et P. Carrive, Paris, Vrin, 1990, p. 29 : « *Ce n'est pas la sagesse, c'est l'autorité qui fait une loi* »).

[24] C'est le sentiment d'Olivier Cayla exprimé avec beaucoup de convictions dans plusieurs contributions : O. Cayla, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, pp. 21-87(ouvrage co-écrit avec Yann Thomas), Le débat-Gallimard, 2002 ; *Jeux de nains, jeux de vilains*, in *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996* (G. Lebreton, dir.), Paris, L'Harmattan, 1998, p. 149 ; *Le coup d'État de droit ?*, Le Débat, n° 100, 1998, p. 108.

[25] CE Ass., 27 octobre 1995, *commune de Morsang-sur-Orge*, rec. 372, concl. Frydman.

[26] Cass. Ass. plénière, 17 novembre 2000, 99-13-701.