



New  
Direction

# LA DÉMOCRATIE FACE À L'ÉTAT DE DROIT DANS L'UNION EUROPÉENNE

Origine et excès du gouvernement des juges



# New Direction



Founded by Margaret Thatcher in 2009 as the intellectual hub of European Conservatism, New Direction has established academic networks across Europe and research partnerships throughout the world.

**[newdirection.online](http://newdirection.online) @ndconservatism**

New Direction is registered in Belgium as a not-for-profit organisation and is partly funded by the European Parliament.

REGISTERED OFFICE: Rue du Trône, 4, 1000 Brussels, Belgium. EXECUTIVE DIRECTOR: Witold de Chevilly.

The European Parliament and New Direction assume no responsibility for the opinions expressed in this publication. Sole liability rests with the author.

<b>Avant-propos</b>	<b>02</b>
<b>1 Introduction</b>	<b>04</b>
<b>2 Tentative de définition d'un concept dénaturé et pluriel</b>	<b>07</b>
<b>3 Un instrument de l'Union européenne pointé contre les démocraties souveraines</b>	<b>17</b>
<b>4 Les juges français : sentinelles du droit contre toute tentative «populiste»</b>	<b>28</b>
<b>5 Les solutions</b>	<b>39</b>

## AVANT-PROPOS : L'ÉTAT DE DROIT CONTRE LES DROITS DES PEUPLES

L'«État de droit» est une notion de plus en plus présente dans le débat public. Mais que signifie-t-elle vraiment ? Que recouvre exactement cette notion un peu confuse pour le grand public mais qui justifie tant de décisions politiques ?

L'État de droit est habituellement brandi comme garant des libertés individuelles et publiques. Il est aussi régulièrement instrumentalisé comme moyen de pression politique ou juridique et même, depuis quelques années, financier, pour faire plier des gouvernements rétifs aux exigences des institutions européennes.

Un pays accusé de ne pas respecter l'État de droit peut être mis au ban de l'Union européenne. L'article 7 du Traité sur l'UE prévoit même qu'en cas « d'atteinte systémique » à l'État de droit, un gouvernement puisse voir son droit de vote au sein du Conseil européen suspendu. C'est une menace qui a longtemps plané sur la Pologne lorsqu'elle était dirigée par nos alliés conservateurs de Droit et Justice.

Puis, dès l'élection du Premier ministre centriste Donald Tusk, sans qu'aucune loi n'ait été adoptée, aucune réforme

entreprise, toutes les accusations disparaurent subitement. La Pologne était du jour au lendemain redevenue une démocratie fréquentable. Trois semaines après, le nouveau Premier ministre lançait une vaste purge illégale des journalistes conservateurs dans le service public sans que personne, à la Commission européenne, ne s'en offusque.

Cette instrumentalisation politique de l'État de droit repose sur l'architecture institutionnelle de l'Union. La hiérarchie des normes donne le dernier mot, en cas de litige juridique, à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dont les arrêts possèdent un caractère jurisprudentiel. Cette hiérarchie des normes trouve sa source dans les traités... et a surtout été élaborée par les arrêts de cette même CJUE.

Les juges européens se sont ainsi arrogé au nom de l'État de droit le pouvoir d'interpréter et de modifier la loi pour contraindre les États. Ce faisant, le droit européen évolue de manière toujours plus éloignée des aspirations authentiques et légitimes des peuples représentés par le Conseil et le Parlement, pourtant colégislateurs. Il s'ensuit un conflit juridique permanent qui apparaît bien souvent comme une négation pure et simple de la démocratie.

N'imaginons pas que ce phénomène n'existe qu'au niveau européen. Nous avons vu comment, en France, le Conseil constitutionnel a remodelé la loi fondamentale de la Ve République avec la décision Liberté d'association du 16 juillet 1971. En créant le « bloc de constitutionnalité », les juges ont trahi la Constitution et le peuple qu'ils devaient protéger et peuvent s'imposer face aux choix de l'Assemblée nationale. C'est la même logique qui s'applique à Luxembourg avec la CJUE.

La séparation des pouvoirs n'est pas en cause et reste essentielle à la démocratie. C'est justement l'immixtion du juge dans le domaine du législateur qui est en germe dans l'État de droit, comme on va le voir dans l'étude.

Au nom de l'État de droit, les juges s'arrogent la capacité de contester la loi émanant du peuple, et même de faire la loi par leurs arrêts qui s'imposent aux gouvernements. Pourtant, Montesquieu, le théoricien de cette séparation des pouvoirs, affirmait que le juge devait n'être que « la bouche de la loi », non pas agir en législateur lui-même.

Rappelons deux citations fameuses du Général de Gaulle : « en France, la Cour suprême, c'est le peuple » et « souvenez-vous de ceci : il y a d'abord la France, ensuite l'État, enfin, autant que les intérêts majeurs des deux sont sauvegardés, le droit ». Par ces mots, comme par ses actes avec le référendum de 1962, le fondateur de la Ve République affirmait qu'au cœur de la démocratie réside, au-dessus des décisions des juges, la volonté du peuple.

Aujourd'hui, cette dernière est bafouée. Dans cette étude, nous vous présentons comment les juges européens ont pris le pouvoir, et comment les peuples peuvent le reprendre.

*Les députés français membres de la fondation New Direction et du groupe ECR*

Marion Maréchal  
Laurence Trochu  
Nicolas Bay  
Guillaume Peltier

## INTRODUCTION

L'État de droit, tel qu'invoqué par l'Union européenne et les juges nationaux, est avant tout une catégorie de combat en vue d'assurer la pérennité d'un certain ordre politique.

Ce qui se joue derrière l'apparente neutralité juridique du terme « État de droit », c'est en réalité l'imposition d'un imperium juridique qui dissimule mal son essence profondément politique. Loin d'être une protection contre l'arbitraire, l'État de droit est devenu, dans l'architecture de l'Union européenne, le levier d'un arbitraire qui ne dit pas son nom, rendant possible la mise sous tutelle des velléités souverainistes des États Membres.

Celui-ci fonctionne comme un mécanisme de légitimation d'un ordre qui ne dit pas son nom, un ordre où le droit ne reflète plus la volonté d'un peuple souverain, mais les impératifs d'un centre normatif déconnecté des aspirations populaires.

Mais l'Union européenne ne se contente pas de brandir un principe : elle s'arroge le monopole de sa définition. L'État de droit n'est alors plus seulement une théorie juridique, héritière des traditions anglaises et allemandes, mais se métamorphose en un standard politique, dont le contenu fluctue au gré des exigences du moment. Hier invoqué pour promouvoir la stabilité juridique, il est aujourd'hui brandi pour discipliner les États dont les choix souverains déplaisent aux choix de la Commission européenne. Ce qu'elle qualifie d'ailleurs comme une « atteinte à l'indépendance judiciaire » en Pologne ou en Hongrie ne serait qu'une réforme ordinaire en Allemagne ou en France. L'État de droit n'est plus la règle égale pour tous, mais une grille d'analyse idéologique qui sanctionne les États récalcitrants selon un agenda politique.

Mais derrière cette mécanique répressive se cache un projet plus vaste : la dissolution progressive de l'action politique dans un juridisme intégral, où la conflictualité inhérente à toute démocratie est remplacée par une vision normative et administrative.

L'État de droit, tel qu'il est imposé par Bruxelles, est donc tout sauf une garantie contre l'abus de pouvoir. Il demeure avant la structure d'un pouvoir qui s'exonère de toute responsabilité politique en se réfugiant derrière la sanction prononcée par le

### *Une « atteinte à l'indépendance judiciaire »*

juge. Il est l'instrument d'une gouvernance où les peuples, pourtant proclamés souverains, sont sommés de s'incliner devant une norme qui leur échappe. Face à cette évolution, il devient urgent de rappeler

que le droit ne vaut que par la légitimité du pouvoir qui le fonde, et que le destin des nations ne saurait être abandonné à l'empire des tribunaux.

C'est cette réalité, dissimulée sous les oripeaux de la légalité, que cette étude entend dévoiler.

**A**u sein des traités de l'Union européenne l'État de droit dispose d'une place de choix. Il figure ainsi comme une valeur fondamentale proclamée à l'article 2 du traité sur l'Union européenne (TUE).

Mais derrière cette formulation juridique apparemment neutre et universelle se cache une mécanique plus politique qu'il n'y paraît. L'État de droit, dans son expression européenne, n'est pas simplement un principe d'organisation des pouvoirs ; il est, nous le verrons, une arme en vue de maintenir l'hégémonie d'un certain ordre normatif et politique.

Sous le prétexte de garantir que toutes les autorités publiques agissent dans les limites fixées par la loi, conformément à l'idéal démocratique et aux droits fondamentaux, l'Union européenne impose en réalité une juridictionnalisation omniprésente et centralisatrice.

Depuis 2020, la Commission européenne, dans un acte quasi oraculaire, publie un rapport annuel consacré au respect de l'État de droit dans l'Union européenne. Ce document, présenté comme une évaluation objective et systématique, est en réalité une tentative de réguler la diversité des systèmes juridiques nationaux au nom d'un standard unique. Le rapport de 2024, le cinquième depuis sa création, vante des avancées tout en dénonçant les résistances des États Nations. Cette dualité illustre la véritable nature de l'État de droit dans le cadre européen : une arme idéologique destinée à discipliner les États membres et à imposer un ordre politique masqué sous un voile de neutralité juridique apparente.

Les domaines d'intervention prioritaires de ce rapport traduisent une hiérarchie normative censée refléter les priorités de l'Union européenne :

**1. Le bon fonctionnement du système judiciaire** : la Commission encourage les réformes visant l'unification sous un modèle standardisé d'indépendance judiciaire, la diversité des traditions juridiques nationales étant par conséquent subordonnée à une conception centralisée de la justice de l'Union européenne.

**2. Le cadre de lutte contre la corruption** : derrière cette lutte morale se dessine une critique implicite des régimes perçus comme déviants par la Commission européenne.

**3. Le pluralisme et la liberté des médias** : ce domaine devient une scène d'intervention normative où l'indépendance est

redéfinie selon les standards acceptables selon Bruxelles.

**4. L'équilibre des pouvoirs** : les tensions institutionnelles, présentées comme des dysfonctionnements, illustrent l'effort de l'Union pour uniformiser des conceptions distinctes de la souveraineté.

Pour la première fois, l'ambition européenne s'étend aux pays en processus d'élargissement. L'Albanie, le Monténégro, la Macédoine du Nord et la Serbie sont sommés de s'aligner sur cet idéal théorique, non pas tant pour renforcer leur souveraineté, mais pour intégrer un cadre normatif qui les dépasse.

**P**ar ailleurs, depuis plusieurs décennies, l'État de droit occupe une place centrale dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

Consacré à l'article 2 du traité sur l'Union européenne (TUE), il est présenté comme l'un des piliers sur lesquels repose la légitimité du projet européen. Mais au-delà des proclamations solennelles, ce concept, tel qu'il est invoqué et appliqué dans l'espace européen par les juges européens et nationaux, suscite de profondes interrogations. Sous prétexte d'universalité, il se mue de plus en plus en outil politique, souvent instrumentalisé pour rogner les marges de manœuvre des États membres, au détriment de leur souveraineté et des aspirations populaires démocratiques légitimes.

Cette étude propose d'explorer les tensions croissantes entre la souveraineté populaire et la juridictionnalisation croissante de l'espace politique européen. Alors que les citoyens des États membres aspirent à une gouvernance qui respecte leur diversité nationale et leur autodétermination, l'Union européenne impose, par le biais de la Cour de justice et des mécanismes de contrôle institutionnel, une lecture uniformisée et surtout intrusive



de l'État de droit. Ce cadre normatif, faussement neutre, cache en vérité une dynamique politique, où les juges, investis d'une autorité de plus en plus importante, jouent un rôle prépondérant dans la redéfinition des équilibres institutionnels. Pour tenter de comprendre ce sous-bassement politique, il est nécessaire de comprendre au préalable ce que signifie, sur un plan théorique et historique, l'État de droit. Sans un puissant effort de définition préalable, appuyé par un travail historique et juridique, aucune critique valable de ce concept ne saurait être valide.

**D**ans cet esprit, la présente étude conduit un double objectif : d'une part, décomposer, démystifier et exhumer les fondements juridiques et philosophiques de l'État de droit, lequel n'est jamais défini avec précision par les traités ou les magistrats ; d'autre part, mettre en lumière les dérives de son usage, notamment en matière de souveraineté démocratique. Par l'analyse critique des textes, des jurisprudences et des pratiques institutionnelles, notre étude entend démontrer que l'État de droit, loin d'être un concept universel, neutre et abstrait, est devenu un instrument normatif au service d'une certaine vision politique de l'intégration européenne au mépris des souverainetés populaires.

## TENTATIVE DE DÉFINITION D'UN CONCEPT DENATURÉ ET PLURIEL



L'Union européenne et les démocraties libérales qui la composent ont fait de l'État de droit un référentiel ultime, son langage universel de l'intégration et de la discipline des États membres. Mais ce que l'on proclame avec ferveur est souvent ce que l'on entend déformer. L'État de droit, tel qu'il est invoqué dans le champ institutionnel européen, n'est pas tant un idéal à atteindre qu'un instrument manié à des fins stratégiques. Celui-ci est invoqué à foison pour justifier, pour sanctionner, parfois même pour contraindre. Mais quelle est son essence ? Quels sont ses fondements historiques, ses développements philosophiques, ses mutations juridiques ? Ces questions, l'Union européenne les esquive, volontaire. À vouloir imposer une construction floue, elle évite ainsi la difficile confrontation à une vérité fondatrice : l'État de droit, dans sa genèse, est pluriel, contradictoire, parfois antagoniste. D'où, probablement, l'absence de définition claire du concept, pourtant si foisonnant, de l'État de droit dans les textes européens.

C'est à cette origine mouvante que nous nous intéresserons dans cette première partie. Nous étudierons en premier lieu les origines de la « Rule of Law » britannique, lorsque le droit n'était pas encore l'outil d'une souveraineté légitimée, mais une arme pointée contre le pouvoir arbitraire du roi. Puis nous aborderons la deuxième grande théorie de l'État de droit, continentale cette fois : celle du « Rechtsstaat » allemand, où l'idée d'un

État soumis à ses propres normes surgit dans un contexte de centralisation politique et administrative. Ces filiations distinctes – anglaise et continentale – révèlent une fracture profonde : d'un côté, une conception substantielle, empirique et pragmatique, marquée par le souci d'équilibre ; de l'autre, une vision purement formaliste, mécanique et hiérarchique, où le droit devient un instrument de pure validation des normes entre elles. Mais que se passe-t-il lorsqu'on dénature ces traditions pour les inscrire dans une construction hybride ? Depuis 1945, l'État de droit s'est vu

déraciné de ses contextes historiques pour devenir un concept universel, prétendument neutre. La catastrophe totalitaire a conduit les juristes, pa-

## « Rule of Law »

niques, à recentrer leur réflexion autour de la seule protection des minorités et de la limitation des dérives populistes. Sous ce prétexte, en éloignant le pouvoir du peuple pour le confier au juge, on a fait de l'État de droit un espace d'arbitrage déconnecté de la source originelle d'autorité du droit : la souveraineté populaire. Il ne règne plus par l'adhésion des citoyens, mais par l'imposition d'une rationalité abstraite dont de grands textes libéraux (DDHC, DUDH, et.) en sont les canons fondateurs.

Disséquer ces filiations, ces tensions, ces dénaturations nous permet de comprendre et redonner à l'État de droit sa profondeur historique et philosophique. Car pour analyser ce que l'Union européenne fait de l'État de droit, il faut d'abord comprendre ce qu'il était avant d'être capturé et utilisé par une volonté politique supranationale. À travers l'étude de ses origines – la « Rule of Law » britannique et le « Rechtsstaat » allemand –, cette première partie s'attache à définir ce qu'est l'État de droit, non pas comme un slogan normatif, mais comme un idéal juridique dont les manifestations sont aussi multiples que les histoires qui l'ont porté.

## A) Aux origines du concept : la Rule of Law britannique



**L**e système dit de la « Rule of Law » est la première ébauche d'une limitation de l'arbitraire royal par un pouvoir supérieur. Toutefois, il ne faudrait pas commettre de contresens en mettant sur le même piédestal cette théorie d'outre-Manche avec la notion continentale d'État de droit, telle que développée par les juristes allemands et français.

Sur un plan sémantique, signalons tout d'abord une différence majeure : ici il n'est nullement question d'État ni même de droit, mais de la « Law » sur laquelle il ne faut pas commettre de contresens : celle-ci n'est pas comprise comme étant uniquement l'acte du parlement, mais bien aussi l'œuvre du juge, aussi appelée la « Common Law ».

### 1. La Magna Carta : naissance d'une limitation de l'arbitraire royal par le droit

**A** l'origine de la théorie de la « Rule of Law » se trouve la fameuse **Magna Carta de 1215**. Le souverain britannique, Jean sans Terre, est défait par l'armée française lors de la fameuse bataille de Bouvines en 1214. Ce dernier est alors obligé de repartir avec toute son armée en Angleterre. Pour reprendre l'initiative militaire, le monarque décide de lever une nouvelle armée et avec elle les impôts nécessaires. C'est alors qu'il se heurte à l'opposition des nobles (les barons) du Royaume. Ces derniers, menacés sur leur vie en cas de non-paiement, refusent de financer les aventures guerrières du roi. Ils assiègent alors Londres et forcent le roi à signer la fameuse charte en 1215 : la Magna Carta.

Pour la première fois de l'histoire de l'Angleterre, le roi doit concéder à ses féodaux le principe d'un accord préalable dans la levée de l'impôt mais aussi la garantie contre toute mesure arbitraire ou privative de liberté sans justes motifs. Dans ce partage, le juge intervient alors en tant que tiers conciliateur, en arbitre par-dessus la volonté royale.

C'est le fameux article 39 :

«Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelque manière que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays ».

Toutefois, les droits proclamés s'appliquent qu'aux barons et aux hommes libres mais pas aux cerfs. En réalité, il s'agit moins de la naissance d'un droit d'essence libéral que de type féodal. La portée universaliste et libérale de ce document n'est donc intervenue qu'a posteriori. Pourtant, dans ce compromis se dessine, en germe, une idée ambitieuse : celle d'un droit qui s'impose à tous, roi et barons compris. Ainsi apparaît, en germe, **le principe d'égalité devant la loi**. Ce n'est qu'a posteriori, par un processus de sécularisation et d'universalisation, que la Magna Carta est devenue un emblème des libertés modernes.

**M**ais une autre leçon majeure essentielle découle de cet événement : le rôle du juge comme tiers souverain, intermédiaire entre les volontés antagonistes. Dans cette fonction, le juge incarne l'autorité de la loi et protège les libertés individuelles. Cette centralité du juge, pilier de l'État de droit, fait du droit non plus un instrument de la volonté politique mais avant tout un espace de médiation et de limitation du pouvoir.

Ainsi, derrière les apparences d'un document né de la contingence historique, la Magna Carta révèle un principe intemporel : la soumission de tous au droit, qui seul confère au pouvoir sa légitimité.

## 2. Dr. Bonham's Case (1610) : l'affirmation du contrôle des lois par le juge



**A** la différence du système français, où la loi est inextricablement liée à l'œuvre du législateur et exaltée comme la voix sacrée de la volonté générale, les juges anglais s'érigent en dépositaires d'une autre conception. Selon eux, la loi n'appartient pas à la sphère politique ; elle est leur œuvre, fruit d'une raison disciplinée et des idéaux libéraux qui en découlent. C'est donc une toute autre conception de la loi française, qui n'est-elle, pour reprendre la formule consacrée par le catéchisme révolutionnaire, que l'expression de la volonté générale.

Sous sa plume et la présidence du célèbre juriste Lord Edward Coke, la Common Law s'affirme alors comme une force souveraine dressée contre les dérives, qu'elles viennent du roi ou des bancs du Parlement.

L'affaire Dr. Bonham's Case de 1610 illustre de manière éclatante cette tension entre la Common Law et le droit positif. Le docteur Bonham, médecin établi à Londres, s'était attiré les foudres du Royal College of Physicians en exerçant sans autorisation. Condamné à une amende, il découvre avec stupeur que le Collège, en vertu d'un acte du Parlement, avait non seulement le pouvoir de juger son cas, mais aussi celui de percevoir lui-même les sommes infligées.

Lorsque Bonham porta l'affaire devant la Cour des Plaids (Common Pleas), Sir Edward Coke rendit une décision d'une portée remarquable. En annulant l'amende, il invoqua un principe tiré du droit naturel selon lequel nul ne peut être juge dans sa propre cause. Cette décision ne se contentait pas de censurer un abus de pouvoir.

Elle établissait, de manière presque révolutionnaire, la prééminence de la Common Law – et donc du juge – sur la volonté exprimée dans une loi du Parlement.

Cette jurisprudence marque un jalon important. Elle est le signe avant-coureur d'un **contrôle supérieur des normes**, quasi-constitutionnel, où la loi elle-même peut être invalidée si elle contrevient aux principes fondamentaux de justice. Comme le souligne Luc Heuschling<sup>1</sup>,

« dans cette affaire, ce sont les juges eux-mêmes qui définissent l'identité et la signification de ces principes fondamentaux de la Common Law ».

**C**e pouvoir interprétatif, utilisé habilement par Coke, dépasse les enjeux du cas particulier. Il s'inscrit dans une dynamique plus large : celle de l'affirmation de la Common Law comme un ordre transcendant, capable de s'opposer à la fois aux décrets d'un roi absolu et aux excès d'un Parlement naissant.

<sup>1</sup> Heuschling, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris : LGDJ, 2002.

Ce n'est pas encore une doctrine systématisée de contrôle de constitutionnalité, mais l'idée en germe est claire : il existe des principes supérieurs, inaliénables, que ni le roi ni le Parlement ne peuvent violer et dont le juge est le garant en même temps que l'interprète.

Toutefois, sous l'effet des événements historiques et d'une critique constante des philosophes, le rôle du juge va progressivement décroître pour se ranger au même rang que celui du parlement.

### 3. La révolution de la Bill of Rights

La décision de 1610, éclatante dans son éclatante affirmation de la suprématie de la Common Law, n'aura pas la vigueur nécessaire pour résister aux bouleversements politiques et juridiques qui marquent le XVII<sup>e</sup> siècle. Le crédit des juges subit un coup fatal avec l'affaire *Godden v. Hales* en 1686, où la Cour, dans un excès de soumission, confère au roi un pouvoir quasi-constitutionnel en matière législative.

En déclarant que cette prérogative royale ne pouvait être retirée par le Parlement, les juges trahissent l'idéal qu'ils avaient eux-mêmes contribué à ériger. Cette décision, perçue comme une abdication face à l'absolutisme monarchique, devient l'un des catalyseurs de la Glorieuse Révolution de 1688.



Avec cette révolution, le paradigme change. La Bill of Rights de 1689, acte fondateur de la monarchie parlementaire anglaise, renverse l'idée même d'une suprématie judiciaire sur les lois parlementaires. Le Parlement affirme sa prééminence et, dans un geste sans équivoque, contredit non seulement les jugements de 1610 et 1686, mais instaure un nouvel ordre où il devient lui-même le gardien des droits et libertés issus de la Common Law, au même rang que le juge.

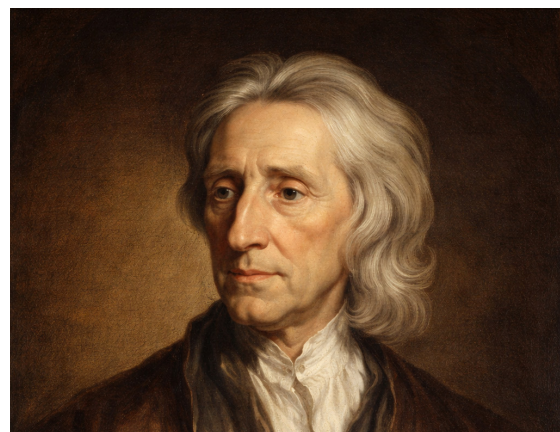
Ce tournant s'enracine durablement dans la jurisprudence, notamment avec l'affaire *City of London v. Wood* en 1701.

Dans ce litige, le juge abdique et acte le basculement : **désormais les magistrats ne peuvent plus contredire la loi mais s'attachent toutefois à en définir les contours par son interprétation.**

Ce pouvoir interprétatif, bien que moins visible, s'avère plus subtil et, paradoxalement, plus étendu. Les juges cessent de défier ouvertement l'autorité législative, mais leur rôle dans la construction du droit demeure néanmoins essentiel. Toute prétention judiciaire à une supériorité sur la loi est progressivement abandonnée. Mais comme évoqué, loin de disparaître, le pouvoir des juges se déplace : il ne réside plus dans la confrontation, mais dans l'interprétation. Cette évolution marque une mutation subtile mais décisive.

Dans ce jeu subtil, le juge devient à la fois gardien et créateur et se tente à ne plus être un simple arbitre mais un acteur essentiel de l'ordre politico-juridique.

### 4. John Locke ou la prééminence de la souveraineté du Parlement



La Glorieuse Révolution de 1688 consacre l'ascension du Parlement, non seulement comme organe politique, mais aussi comme acteur juridique central. Ce bouleversement, théorisé par John Locke dans son célèbre *Traité du gouvernement civil* publié en 1690, marque une étape décisive dans la construction de l'État de droit. En proclamant la supériorité de trois droits naturels imprescriptibles – la sûreté, la liberté, et la propriété individuelle – Locke donne à ce concept sa teinte définitivement libérale. Pour le philosophe anglais, la loi est, par essence, un outil de liberté : « La fin des lois n'est pas d'abolir ou de restreindre, mais de préserver et d'élargir la liberté. Vivre sous le gouvernement de la loi, c'est vivre en homme libre<sup>2</sup>. »

Sa conception repose donc sur l'axiome fondamental suivant : **la validité d'une loi découle de sa conformité au droit naturel, intrinsèquement libéral selon Locke**. Toutefois, cette souveraineté du Parlement, bien que primordiale, trouve ainsi sa limite dans le respect de ces droits naturels imprescriptibles. Ainsi, Locke établit le principe tout en posant l'exception.

Mais qui pour garantir ce respect des droits naturels ? Locke rejette l'idée d'un juge tout-puissant comme gardien de cette conformité. Pour lui, cette mission incombe au Parlement lui-même, ancré dans un processus électif qui garantit pluralité et diffusion des décisions. Selon lui, c'est le mécanisme de l'élection, dans sa dynamique, qui préserve la légitimité et éloigne les risques de concentration et dérive arbitraire du pouvoir. Le pouvoir, chez Locke, n'est jamais l'affaire d'un seul homme, mais toujours le produit d'un consensus, expression d'une raison collective.

En parallèle, l'équilibre institutionnel britannique joue un rôle crucial. La tripartition des pouvoirs – Monarque, Chambre des Lords, Chambre des Communes – incarne une architecture institutionnelle où

<sup>2</sup> John Locke, *Second traité du gouvernement civil*, 1690, chap. VI, §57

une garantie contre l'autoritarisme.

Le caractère intrinsèquement libéral est donc garanti par cette diversité et cette diffusion des centres de pouvoir : l'autoritarisme naît de la verticalité et de la concentration du pouvoir quand le libéralisme naît de son horizontalité et de sa diffusion. En germe, un grand principe se révèle ici : celui de la séparation des pouvoirs. La diffusion des centres de pouvoirs, et donc leur séparation, constitue la garantie libérale majeure de l'État de droit, de nature à éviter toute dérive arbitraire ou autocratique (comme ce fut par exemple le cas sous Cromwell).

Pour Locke, les droits individuels précèdent et fondent toute organisation politique : la liberté, la propriété et la sûreté ne sont pas des concessions de l'État, mais des prérogatives naturelles inhérentes à tout individu que l'État a pour seule mission de préserver. Dans cet esprit, la société civile naît d'un contrat visant à protéger les individus de l'état de nature, où règnent l'insécurité et l'arbitraire. Mais Locke établit une limite claire : l'État, bien qu'indispensable, ne peut violer les droits fondamentaux des citoyens. Avec Locke, le Parlement s'impose comme le centre de gravité du système libéral, garant des droits naturels et acteur principal du pouvoir législatif.

Mais cette suprématie ne sera pas définitive. Avec Albert Venn Dicey, juriste et professeur de droit, le juge, jusqu'alors critiqué et malmené pour ses empiètements passés sur les prérogatives du parlement, retrouvera toute sa place dans la théorie de la Rule of Law.

##### 5. L'apport décisif d' Albert Venn Dicey dans l'affirmation de la Rule of Law

C'est avec l'intervention du professeur Albert Dicey que l'expression de la Rule of Law s'impose, revivifiée par une théorie où le juge, longtemps relégué à une position secondaire par rapport au

Parlement, acquiert un rôle central, structurant tout l'ordre juridique.

Dicey donne à la Rule of Law la définition suivante : « La Rule of Law signifie en premier lieu, la suprématie ou la prééminence absolue du droit régulier par opposition à l'influence d'un pouvoir arbitraire ; elle exclut l'existence de l'arbitraire, de la prérogative, et même des pouvoirs discrétionnaires étendus dans le chef du gouvernement. Les Anglais sont gouvernés par la loi et seulement par la loi ; chez nous, un homme peut être puni pour avoir violé la loi, mais il ne peut être puni pour quoi que ce soit d'autre.<sup>3</sup> »

Cette définition pose un double principe fondateur : la loi est à la fois le fondement et la limite de toute action publique. Sous le régime de la Rule of Law, ministres et citoyens ordinaires se trouvent soumis aux mêmes règles et jugés par les mêmes institutions.

Mais Dicey va plus loin, offrant une autre perspective révolutionnaire. Il affirme qu'en Angleterre **le juge est le véritable créateur normatif. Par ses décisions, il ne se contente pas de dire le droit : il le façonne et le construit.** Cette dynamique serait impensable en France à l'époque, où le juge demeure soumis à un cadre prédéfini par des principes constitutionnels gravés dans la pierre.



En France, les principes constitutionnels guident l'appréciation du juge. En Angleterre, c'est l'inverse : les décisions

3 Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8e éd., Londres, Macmillan, 1915, p. 120

judiciaires engendrent et façonnent les grands principes juridiques. Cette inversion de perspective confère au juge anglais une position singulière, presque souveraine, dans le processus de création juridique.

Le principal apport de Dicey consiste à confondre la loi et le juge pour construire une dynamique de juridictionnalisation du domaine politique. L'apport majeur de Dicey réside dans sa capacité à confondre la sphère législative et la sphère judiciaire en une dynamique unifiée. Sous la Rule of Law, le juge devient l'agent central de la juridictionnalisation de la politique.

Ce transfert de pouvoir reflète une conception profondément libérale, où le droit, pensé comme limite à l'arbitraire, trouve son incarnation dans une figure capable de garantir à la fois la stabilité et l'évolution des normes. Dans la vision de Dicey, cette figure est celle du juge, gardien des libertés individuelles, arbitre ultime entre l'État et les citoyens.

En résumé, pour Dicey, la Rule of Law repose sur un postulat fondamental : **il n'y a de loi que s'il y a un juge pour en garantir l'application.** C'est ce lien indissoluble entre la règle et la sanction juridictionnelle qui confère à la Rule of Law sa force. La loi sans juge n'est qu'un simulacre.

**E**n conclusion, la souveraineté parlementaire, bien qu'absolue en droit, est en pratique tempérée par l'éthique collective. Dicey croit fermement que le Parlement, en tant qu'incarnation de la volonté générale, ne peut être que démocratique. Cette croyance repose sur un optimisme foncier quant à la nature libérale et raisonnable du processus parlementaire qui tend vers le compromis et donc le consensus.

Les grandes secousses révolutionnaires, et en particulier les excès de la Terreur, ont conduit les juristes continentaux du XIX<sup>e</sup> siècle à voir dans l'État de droit une œuvre de limitation du pouvoir.

À l'inverse, la tradition anglaise repose non sur l'idée de limite, mais sur celle d'équilibre : équilibre des pouvoirs pour contenir l'arbitraire, équilibre du juge face au Parlement, et équilibre interne des institutions parlementaires elles-mêmes, maintenu par une structure de contre-poids. Ce trait profondément britannique, celui de la modération, s'appuie sur une conception substantielle de la loi, où toute norme qui violerait les libertés fondamentales proclamées dans la Magna Carta ou la Bill of Rights cesserait d'être une loi. Ce n'est pas le texte seul qui confère à la loi sa légitimité, mais son adhésion à un ordre supérieur, enraciné dans les libertés individuelles et la justice.

## B) L'apport formel de la théorie dite du « Rechtsstaat »

### 1. Un État soumis au droit



La théorie du Rechtsstaat, élaborée à la hâte en Allemagne à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, s'inscrit dans un double contexte historique : la constitution progressive d'un droit administratif proprement allemand et l'unification politique de l'Allemagne, passant par la constitution d'un État moderne, sous l'égide de Bismarck. Cette construction, théorique autant que politique, doit beaucoup à des juristes comme Rudolf von Jhering et Georg Jellinek, qui tentèrent d'articuler la puissance étatique et la contrainte juridique dans un cadre intellectuel cohérent.

Cette théorie trouve ses sources sur la base de deux affirmations essentielles. **Premièrement, la puissance de l'État trouve son fondement exclusif dans le droit.** C'est au nom de celui-ci qu'il agit, qu'il impose son autorité et qu'il structure l'ordre social.

Mais cette légitimité juridique, si elle confère à l'État son autorité, est indissociable de sa capacité coercitive.

Deuxièmement, cette subordination apparente du droit à l'État se renverse dans un paradoxe fondamental : **le droit ne contraint pas seulement les individus, mais également l'État lui-même. Tout en étant la condition de sa puissance, le droit devient en même temps aussi sa limite.** Ainsi, l'État, créateur du droit, se retrouve soumis à l'ordre juridique qu'il a lui-même institué. Cette théorie, dite de l'autolimitation de l'État, constitue le cœur de la pensée dite du Rechtsstaat.

Toutefois, certains juristes critiques ont relevé que si le droit est une création de l'État, il ne saurait réellement le contraindre, sauf à admettre une circularité qui vide la notion de limite de sa substance. Pour que le droit puisse véritablement s'imposer à l'État, il doit être extérieur à lui, antérieur à sa volonté et supérieur à son autorité. Mais cette antériorité soulève une question cruciale : quelle norme ou quel principe pourrait se prétendre au-dessus de la souveraineté étatique ?

C'est alors qu'un deuxième mouvement décisif dans la construction de l'État de droit émerge avec Hans Kelsen avec pour ambition de combler cette aporie théorique.

### 2. Un droit hiérarchisé et dépolitisé

Signalons d'emblée un paradoxe : Kelsen refuse le terme d'État de droit, qu'il considère comme un pléonisme inutile. Pour Kelsen, il n'existe aucune distinction de nature entre le droit et l'État : ce dernier n'est qu'une personnification de l'ordre juridique, une abstraction conçue pour regrouper et hiérarchiser les normes.

**Néanmoins, en affirmant que l'unité de l'État réside dans la soumission à un ordre juridique, il pose l'une des bases fondamentales de la notion.** Chez Kelsen, l'État n'est pas une entité animée par une volonté politique. Il est une construction normative, un édifice dépourvu de substance propre, composé exclusivement de normes en mouvement. Ce qui frappe dans l'approche kelsénienne, c'est sa radicale dépolitisation de l'État. Aucune « volonté » propre ne lui est attribuée. L'État, dans cette vision mécaniste, n'est qu'un assemblage de normes interagissant selon des règles prescrites. **Pour lui, l'État ne commande pas le droit, il en est le produit.** Cette vision délibérément désincarnée rejette toute mystique politique ou souveraineté personnelle, au profit d'un ordre juridique pur, structuré par des normes hiérarchisées.

**Kelsen construit ainsi un modèle où la volonté politique disparaît au profit d'une logique normative rigoureuse.** Cette architecture repose sur une ambition : garantir un État régi exclusivement par le droit et non par la volonté politique pure. L'État de droit, dans sa déclinaison kelsénienne, est une architecture froide où toute essence politique s'efface au profit d'un ordonnancement normatif intégral. Dans cette conception, le pouvoir n'existe qu'à travers la règle et la souveraineté disparaît dans une architecture faite uniquement de normes.

Mais cette construction, séduisante dans sa pureté théorique, dissimule un écueil redoutable : en neutralisant l'élément politique, elle prive l'État de son moteur essentiel : la décision. Un ordre juridique parfait, où la norme commande tout, devient une mécanique sans maître, un système où l'autorité n'existe que par la soumission à un ordre supérieur.

Ce formalisme radical, prétendument neutre, est en réalité une mise en tutelle du politique sous le masque du droit. Car à force d'évacuer la substance au profit de la structure, on laisse le champ libre à une domination sans visage, où le pouvoir véritable se dissimule derrière le juge et le texte. Loin d'être un rempart contre l'arbitraire, cette conception transforme le droit en un instrument docile entre les mains de ceux qui maîtrisent le langage normatif, c'est-à-dire les magistrats auxquels revient l'élément politique. La nature ayant horreur du vide, le politique réapparaît mais par l'intermédiaire des magistrats. In fine, derrière l'apparente objectivité du droit, il y a toujours une volonté qui décide. **La pensée kelsénienne fait reposer ultimement le droit sur la norme et non la volonté humaine.** Le sommet de la hiérarchie n'est donc pas un homme, mais une norme.



## C) L'État de droit après 1945 : un malentendu sans fin

L'accession des nationaux-socialistes au pouvoir et les atrocités de la Seconde Guerre mondiale ont radicalement bouleversé la foi en les vertus salvatrices de l'État de droit en Europe. Deux piliers fondamentaux des traditions juridiques évoquées précédemment - l'idée d'une souveraineté parlementaire libérale et le contrôle normatif du pouvoir exécutif par le droit - se sont effondrés sous le poids des événements historiques, révélant les limites profondes de ces théories juridiques.

L'arrivée d'Adolf Hitler à la chancellerie en janvier 1933 est souvent perçue comme le point de basculement vers la dictature nazie. En réalité, la réelle destruction de la République de Weimar et de la démocratie allemande s'est opérée par le biais de la loi des pleins pouvoirs adoptée le 23 mars 1933, intitulée « Loi pour soulager la détresse du peuple et du Reich », et votée par le Reichstag à une écrasante majorité de 444 voix contre 94. Aucune illusion quant au prétendu caractère temporaire ne peut être invoquée. Les parlementaires allemands en étaient conscients : la loi n'était pas de courte durée mais s'étendrait, a minima, jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 1937.



Cette séquence historique expose un paradoxe majeur : loin d'incarner un rempart absolu contre l'autoritarisme, le Parlement, en tant qu'expression de la souveraineté démocratique, peut se transformer en acteur de sa propre annihilation. La leçon est nette : la souveraineté parlementaire n'est pas infaillible. Cette faillite de la souveraineté parlementaire ébranle profondément la théorie dite de la « Rule of Law » laquelle reposait sur la croyance que les mécanismes institutionnels, s'ils sont respectés, suffiraient à préserver les libertés individuelles face aux dérives autoritaires.

Une querelle est née en Allemagne pendant les années 30 et après-guerre sur le point suivant : le régime national-socialiste était-il un État de droit ? Des théoriciens tels qu'Otto Koellreutter ont avancé que le régime nazi respectait, dans sa forme, les principes fondamentaux du droit. Selon cette lecture, les décisions des autorités nazies, bien qu'oppressives, s'appuyaient toujours sur un fondement juridique explicite. La base juridique du régime reposait sur trois textes législatifs majeurs, adoptés selon les procédures constitutionnelles en vigueur :

1. La loi des pleins pouvoirs du 23 mars 1933, qui conférait à Hitler et à son gouvernement le pouvoir de légiférer directement par décret.
2. La loi garantissant l'unité de l'État et du parti du 1<sup>er</sup> décembre 1933, qui institutionnalisait l'alliance organique entre le NSDAP et les structures étatiques, éliminant ainsi toute forme d'opposition politique.
3. La loi du 30 janvier 1934, qui supprimait l'autonomie des Länder, centralisant tous les pouvoirs au niveau du gouvernement du Reich.

Sur la base de ces lois, une cascade de décrets et de décisions administratives a progressivement instauré la dictature, chaque texte s'inscrivant dans le cadre juridique établi par les textes fondateurs.

Du point de vue de la théorie kelsénienne du droit, **ces normes ont donc été mises en place selon les procédures constitutionnelles et légales**, sans qu'une violation ne soit constatée ou relevée par un juge. De ces trois lois ont été adoptés les décrets et décisions administratives transformant l'Allemagne en dictature, chaque décret se référant à l'une des lois précitées. **Le respect de la hiérarchie des normes est ici encore confirmé.** Les actions du régime national-socialiste étaient donc (i) fondées en droit et (ii) selon un ordre juridique cohérent et respectueux de la pyramide de Kelsen, c'est-à-dire des formes prévues par la Constitution. Cette controverse démontre que la forme juridique seule, dépourvue de contenu substantiel, n'est pas suffisante pour prévenir l'arrivée d'un pouvoir arbitraire.

**D**e cet effondrement général, une profonde réflexion naquit après-guerre. L'État de droit avait failli. Celui-ci était corruptible et aliénable. Cette nouvelle conception, bien que rarement explicitée, est issue d'un assemblage pragmatique et hybride, empruntant à la fois à la Rule of Law britannique et au Rechtsstaat.

De la tradition anglaise, cette refondation a retenu l'individualisme comme pierre angulaire du droit. La sacralisation des libertés individuelles est devenue la finalité première du cadre juridique. Le droit n'est plus simplement un outil d'organisation sociale ou de régulation du pouvoir, mais avant tout un rempart protégeant chaque individu contre toute forme d'arbitraire.

Mais pour renforcer cet idéal individualiste, on emprunta alors à la conception allemande, non pas le pur respect hiérarchique du droit, mais le rôle primordial du juge. Désormais, le juge n'est plus perçu comme un simple automate appliquant mécaniquement les lois établies, mais comme l'interprète souverain de grandes proclamations, telles que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), ou encore la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

Ces textes, par essence politiques et très interprétables, pourraient alors être utilisés par le juge pour préserver une certaine conception des droits individuels contre tous les excès, d'où qu'ils viennent : du Parlement, via la généralisation du contrôle de constitutionnalité, ou du peuple si celui-ci en venait à avoir des pulsions liberticides. Le droit cesse alors d'être ancré uniquement dans la volonté politique et trouve sa légitimité dans l'interprétation judiciaire. À la racine de ce nouvel État de droit se trouve le juge ; à la sève qui nourrit l'arbre juridique, les droits individuels deviennent tout à la fois sa justification et sa finalité.

Ce basculement pose néanmoins une question fondamentale : l'État de droit ainsi reconstruit ne risque-t-il pas de s'éloigner de la souveraineté populaire qu'il prétend également défendre ? Cette tension entre État de droit et Souveraineté Populaire ne cesse de s'accroître dans les dernières décennies.

## UN INSTRUMENT DE L'UNION EUROPÉENNE POINTÉ CONTRE LES DÉMOCRATIES SOUVERAINES



**L**e présent chapitre ambitionne d'analyser la manière dont l'Union européenne a progressivement érigé l'État de droit en instrument politique, souvent au détriment des démocraties souveraines.

Présentée comme une valeur fondamentale, cette notion a évolué d'un simple idéal juridique à un outil stratégique permettant de discipliner les États membres.

Nous explorerons tout d'abord la construction de cette valeur dans les traités européens, en montrant comment sa plasticité normative sert les ambitions intégrationnistes de l'Union. Puis, à travers l'étude de la jurisprudence européenne et des mécanismes coercitifs tels que la suspension des fonds européens, nous mettrons en lumière les implications de cette instrumentalisation sur la souveraineté des États.

## A) L'État de droit dans les traités européens : la plasticité d'une valeur fondatrice

Loin d'être une valeur originaire, l'État de droit dans l'Union européenne apparaît comme une strate superposée, une construction tardive née de l'évolution politique de la communauté économique vers une entité normative. Contrairement à une légende tenace, soigneusement entretenue par les sphères dirigeantes européennes, l'État de droit n'était ni une préoccupation, ni une fondation des traités européens originaires. Les premières ambitions de l'Union s'articulaient exclusivement autour de la coopération économique, visant à cimenter la paix par l'interdépendance des marchés.

Le traité de Rome de 1957, acte fondateur de la Communauté économique européenne, illustre cette primauté économique. Il ne s'y trouve aucune mention explicite de l'État de droit, ni même d'un corpus de valeurs politiques substantielles. La structure communautaire était alors réduite à une simple mécanique de convergence économique. Notons que toutefois la CEDH (Cour Européenne des Droits de l'Homme instituée par la Convention Européenne des Droits de l'Homme en 1950), à part de la construction de l'Union européenne, poursuivait-elle, un objectif réellement politique et motivé par le respect de l'État de droit. Nous y reviendrons.

Mais les années 1990 marquent une mutation décisive. Sous l'impulsion du président François Mitterrand et du chancelier Helmut Kohl, les dirigeants européens tentent de transcender cette identité économique pour insuffler une dimension politique à la construction européenne. Ce changement de paradigme s'incarne dans le traité de Maastricht (1992), un tournant qui substitue à la logique technocratique une ambition idéologique et normative.

Pour la première fois, l'État de droit fait une apparition officielle, inscrit dans le préambule de Maastricht. Ce n'est pas un hasard : le traité inaugure une génération de textes où l'idée politique supplante peu à peu l'objectif purement économique.

Ainsi le paragraphe 3 du préambule proclame fièrement que les États Membres : « CONFIRMENT leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit »

Cette mention s'inscrit dans un amalgame de principes exaltés, où la clarté normative s'efface derrière une rhétorique ambitieuse, mais souvent vague. L'État de droit, loin de bénéficier d'une définition claire et opératoire, est intégré dans une liste de principes généraux, servant davantage à légitimer un projet politique qu'à organiser concrètement le fonctionnement des institutions.

Ce caractère imprécis révèle la nature véritable de cette évolution. L'État de droit devient l'un des éléments d'un corpus idéologique dominé par l'inspiration libérale, moteur de cette « nouvelle génération » de traités européens. Sa récurrence dans les textes postérieurs à Maastricht ne fait que confirmer cette instrumentalisation : il s'agit moins de définir une essence juridique que d'imposer un modèle normatif, à la fois politique et culturel, sur lequel l'Union entend fonder sa légitimité.

Le véritable traité qui consacre la véritable portée normative de l'État de droit est celui d'Amsterdam en 1997. Depuis, l'article E, aujourd'hui article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) indique : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres »

Cette formulation initiale, bien qu'élégante dans son économie lexicale, annonce déjà une mise en tension avec d'autres concepts évoqués (ex : la démocratie).

L'État de droit y est aligné sur une série de valeurs générales sans qu'aucune définition n'en soit esquissée. Mais c'est avec les révisions ultérieures, notamment dans la version actuelle de l'article 2 TUE, que cette logique atteint son apogée : « L'Union est fondée sur les valeurs du respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'état de droit ainsi que du respect des droits de l'Homme ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits de personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Dans cette version élargie, l'État de droit se retrouve noyé dans une accumulation de valeurs, énoncées sans hiérarchie ni précision conceptuelle. Cette prolifération de grands énoncés, loin d'être fortuite, constitue une stratégie délibérée. En multipliant les références à des principes vagues et non délimités, l'Union européenne crée un espace de flexibilité interprétative.

Cette indétermination permet à ses institutions, notamment la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), de manipuler ces concepts au gré des nécessités politiques.

En noyant l'État de droit dans une myriade de principes également indéfinis, les institutions européennes se dotent d'une latitude considérable pour imposer leur agenda. Chaque valeur peut être mise en avant ou occultée selon les besoins, offrant un arsenal conceptuel adaptable à toutes les situations. Cette flexibilité est particulièrement évidente dans le champ contentieux, où la CJUE peut invoquer tantôt l'État de droit, tantôt la démocratie, ou encore les droits de l'homme, pour justifier des décisions souvent contestées par les États membres.

Ce «pêle-mêle conceptuel», comme nous l'analyserons plus loin, n'est pas une faiblesse du texte mais bien une caractéristique volontaire. En refusant de définir précisément les concepts qu'elle érige en valeurs fondamentales, l'Union s'autorise de facto à élargir constamment et arbitrairement son champ d'intervention.

Ainsi, sous des apparences de neutralité juridique, l'Union européenne poursuit une stratégie d'expansion normative qui lui permet de discipliner les États membres tout en évitant de poser des limites claires à son propre pouvoir. L'État de droit, dilué dans ce magma de valeurs universelles, devient un levier parmi d'autres pour légitimer un ordre politique déguisé en cadre juridique. Nous reviendrons plus loin sur les implications concrètes de cette flexibilité interprétative et sur les mécanismes par lesquels elle est mise en œuvre.

Aussi, l'État de droit, érigé en valeur cardinale de l'Union européenne, se trouve au cœur d'un paradoxe normatif. D'un côté, il est présenté comme une pierre angulaire du projet européen, une référence universelle justifiant des procédures de sanction internes (article 7 TUE) et guidant la politique étrangère de l'Union (article 21 TUE). D'un autre, il est frappant qu'aucune définition claire de ce principe ne soit fournie par les traités.

Les textes européens se contentent d'invoquer l'État de droit comme une évidence partagée, supposée être comprise de manière homogène par les États membres et les institutions. Pourtant, l'histoire même de ce concept, profondément marqué par des interprétations duales et des contextes nationaux variés, démontre qu'il ne s'agit pas d'une notion universellement consensuelle. La conception anglo-saxonne de la Rule of Law, axée sur la limitation du pouvoir de l'État, diverge profondément de l'approche continentale, où l'État de droit (ou Rechtsstaat) implique aussi un rôle actif de l'État dans la garantie des droits fondamentaux. **En ne précisant pas ce qu'elle entend par «État de droit», l'Union européenne évite de trancher entre ces traditions juridiques, préférant maintenir une ambiguïté qui laisse la voie ouverte à des interprétations opportunistes.**

Pour assurer le respect de l'État de droit, la Commission européenne a mis en place le mécanisme européen pour l'État de droit. Ce mécanisme, sous couvert de prévention, fonctionne en réalité comme un outil de contrôle politique. Les rapports annuels, censés évaluer objectivement l'état de droit dans chaque État membre, servent de leviers pour orienter les politiques nationales selon les préférences de l'élite bruxelloise. Les recommandations émises, présentées comme des conseils bienveillants, sont en réalité une manière pour la Commission de maintenir une pression récurrente sur les gouvernements, les contraignant à aligner leurs systèmes juridiques et institutionnels sur un modèle prédéfini. En outre, comme étudié précédemment, l'absence de définition précise de l'État de droit dans les traités européens permet une interprétation flexible et opportuniste de ce concept.

Cette indétermination offre à la Commission et à la Cour de justice de l'Union

européenne une marge discrétionnaire considérable pour sanctionner les États membres jugés déviants, tout en épargnant ceux dont les manquements servent les intérêts du projet intégrationniste. Ainsi, le mécanisme européen de protection de l'État de droit se révèle être moins un garant des valeurs fondamentales qu'un instrument politique en vue de renforcer l'autorité de la Commission.

### ***L'Union est fondée sur le principe de l'État de droit***

**E**nfin, notons qu'un certain nombre d'institutions, la plupart du temps consultatives, ont été créées directement pour surveiller la bonne conformité à l'État de droit des États Membres.

Citons ainsi l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne créée par le règlement CE n°168/2007 du Conseil européen du 15 février 2007.

Son rôle est purement consultatif. Elle publie chaque année un rapport sur les questions relatives au respect des droits fondamentaux dans l'Union. Si son sujet d'étude est bien « les droits fondamentaux », comme le relève un rapport sénatorial du 18 mars 2001 (Rapport d'information au nom de la commission des affaires européennes sur l'État de droit dans l'Union européenne, par MM. Philippe BONNECARRIÈRE et Jean-Yves LÉCONTE) ses objets d'étude ont beaucoup à voir avec l'État de droit. Ainsi les rapporteurs indiquent :

« l'État de droit, entendu strictement, comme le fait la Commission, ne s'étend pas aux droits fondamentaux. Néanmoins, certains droits fondamentaux ont une portée structurante pour l'État de droit et notamment celui relatif à l'accès à la justice. Ainsi les travaux menés par l'Agence dans ce domaine permettent de faire avancer la réflexion sur les moyens à mettre en œuvre pour préserver et favoriser le respect de l'État de droit dans sa dimension judiciaire. Par ailleurs, le directeur de l'Agence est

régulièrement invité au Conseil Affaires générales pour partager son analyse en matière de droits fondamentaux dans le cadre des travaux sur l'État de droit, notamment pour ce qui concerne la collecte d'informations. » (page 26 du rapport précité)

Pour mémoire, le budget alloué à cette agence était pour l'année 2024 de 27 millions d'euros<sup>4</sup>.

## B) L'État de droit dans la jurisprudence européenne

**L**a grande décision de principe par laquelle la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) érige le concept de l'État de droit en pierre angulaire de son empire juridique est à l'évidence le fameux arrêt Les Verts de 1986<sup>5</sup>.

Sans se référer expressément au terme «État de droit», mais en évoquant le concept de «Communauté de droit», la Cour pose une règle jurisprudentielle majeure. Les doctrinaires s'accordent à voir dans cette décision la naissance implicite du concept d'État de droit au sein de la jurisprudence européenne, une émergence qui ne résulte pas d'une disposition explicite des traités mais bien d'une construction jurisprudentielle stratégique<sup>6</sup>.

Au centre de cette affaire, il s'agissait d'un recours en annulation dirigé contre un acte du Parlement européen sur le fondement de l'article 173 du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE), lequel indiquait à l'époque :

« La Cour de justice contrôle la légalité des actes du Conseil et de la Commission, autres que les recommandations ou avis. À cet effet, elle est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Conseil ou la Commission.

Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire, et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement. »

**La lecture d'un tel article ne donnait donc clairement pas compétence à la Cour de Justice pour juger de la conformité d'un acte du Parlement au traité européen. Seuls les actes du Conseil et de la Commission étaient ainsi visés par l'article précité.**

De manière spectaculaire, la Cour de Justice affirma alors que « La Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité » et conclut donc avec audace « qu'il convient dès lors de considérer que le recours en annulation peut être dirigé contre les actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers ».

Cette affirmation, loin d'être une simple déclaration de principe, ouvre la voie à une redéfinition radicale des rapports de pouvoir au sein de la Communauté européenne. En subordonnant les actes des institutions communautaires, y compris le Parlement, à un contrôle juridictionnel systématique, la CJCE affirme sa suprématie en tant que gardienne ultime de la légalité, au-delà des limites explicites fixées par les traités.

4 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ%3AC\\_202401325&utm\\_source=chatgpt.com](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ%3AC_202401325&utm_source=chatgpt.com)

5 CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen. Aff. 294/83

6 Sebastien PLATON, « La Démocratie Illibérale en droit de l'Union Européenne. La question de l'activation juridictionnelle des Valeurs de l'Union » article tiré de l'ouvrage « Droits Européens de l'Homme », Sirey Editions, 2016

**L**e raisonnement de Les Verts, bien qu'initialement limité à une question de compétence juridictionnelle, est rapidement érigé en paradigme jurisprudentiel. Citons par exemple l'arrêt Gestoras<sup>7</sup> dans lequel le CJCE, alors que les traités européens ne lui donnaient pas compétence en termes de coopération policière et judiciaire en matière pénale, a reconnu sa compétence au nom cette fois-ci, directement, de l'État de droit suivant la même logique que l'arrêt Les Verts précité. La Cour proclama ainsi que : « Les requérants ne peuvent toutefois valablement soutenir qu'ils sont privés de toute protection juridictionnelle. Ainsi qu'il résulte de l'article 6 UE, l'Union est fondée sur le principe de l'État de droit et respecte les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire. Il s'ensuit que les institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec les traités et les principes généraux du droit, de même que les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. »



7 CJCE, 27 février 2007, aff. C-354/04 P, Gestoras Pro Amnistía c/ Conseil de l'Union européenne

Alors même que les traités définissent clairement la répartition des compétences, au nom d'un principe, l'État de droit/Communauté de droit, la Cour s'affranchit, pour ne pas dire viole, le traité au nom d'un droit individuel : le recours à une juridiction.

Elle transforme ainsi un droit fondamental, celui d'accéder à un recours juridictionnel, en un outil d'affranchissement des cadres textuels imposés par les traités. L'arrêt Les Verts est particulièrement éloquent dans cette prééminence de l'État de droit puisque, outre l'affranchissement du traité (qui, rappelons-le, cadre également la compétence de la Cour, fondant ainsi son pouvoir), c'est contre un acte du Parlement que le recours est dirigé et accepté par la CJCE.

Cette jurisprudence révèle une opposition fondamentale entre deux visions diamétralement opposées. D'une part, celle d'une souveraineté politique incarnée par des représentants élus, agissant dans le cadre d'une décision politique. D'autre part, celle d'un système normatif auto-référentiel, où la CJCE impose sa lecture de l'État de droit sans jamais en fournir une définition claire ou universellement acceptée.

La portée de cette jurisprudence est donc double : l'État de droit sert aux juges pour s'affranchir du texte et ce concept s'impose par-dessus la volonté des représentants des peuples européens. Le message est clair : il place les juridictions européennes au cœur du pouvoir normatif de l'Union, reléguant les institutions politiques à un rôle subordonné. En cela, l'arrêt Les Verts, et plus largement la logique qui s'en inspire, ne se contente pas de redéfinir l'ordre juridique européen. Il incarne une fracture profonde entre la légitimité politique et la légitimité normative, entre la décision souveraine du parlement et le règne d'un droit interprété et appliqué par une élite judiciaire. On ne saurait faire plus franc en matière d'opposition.

## C) L'exemple polonais : l'État de droit comme outil de discipline judiciaire



**C**e standard de l'État de droit va ainsi permettre à la CJUE d'étendre son empire, avec la bénédiction de la commission européenne, et de sanctionner les États récalcitrants.

Ainsi, la Pologne a été condamnée par la CJUE en 2021<sup>8</sup> sur ce fondement. Le litige portait sur une loi polonaise abaissant l'âge de départ à la retraite des magistrats de la Cour suprême à 65 ans, tout en permettant au président de la République d'accorder, à sa discrétion, des dérogations exceptionnelles pour prolonger certains mandats.

À première vue, il s'agissait donc d'une question relevant strictement de l'organisation interne d'un État membre. Pourtant, par une interprétation extensive, la CJUE choisit d'y voir une atteinte aux principes fondamentaux de l'Union. La Cour saisie considéra, par une interprétation très extensive, que l'article 19 du TFUE

« qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie aux juridictions nationales et à la Cour la charge de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle que les justiciables ».

**Cette interprétation fait écho au raisonnement déployé dans l'arrêt Les Verts de 1986. L'État de droit, invoqué comme une valeur autonome et auto-justificative, devient un fondement suffisant pour étendre la compétence de la Cour à des matières que les traités n'avaient pas explicitement envisagées. Dès lors qu'un droit individuel est en jeu, ici le droit des citoyens à une justice impartiale et indépendante, la CJUE se déclare compétente pour intervenir.**

Dans cette affaire, la CJUE reproche à la législation polonaise de conférer au président de la République une prérogative jugée excessive, celle de proroger discrétionnairement le mandat d'un juge au-delà de l'âge de départ à la retraite. Selon la Cour, une telle disposition porte atteinte à l'indépendance de la justice, élément clé de l'État de droit. Ce raisonnement repose sur l'idée que l'impartialité judiciaire est compromise dès lors qu'un juge peut dépendre du bon vouloir d'une autorité politique pour prolonger son mandat. Ainsi, l'État de droit devient non pas un cadre structurant, mais un outil de discipline institutionnelle.

Cette remarque ne manque d'un certain culot lorsqu'on considère que, dans son fonctionnement même, la CJUE accepte que la majorité de ses propres juges soient désignés par des autorités politiques nationales, comme le Parlement ou le Président de la République des États membres. Cette observation souligne une contradiction manifeste : ce qui est critiqué chez les autres, notamment en Pologne, est pourtant une pratique

8 CJUE, 24 juin 2019, Commission c. Pologne, aff. C-619/18.

institutionnelle commune à l'Union européenne elle-même. On touche ici un débat de fond intrinsèque à la notion d'État de droit. L'exigence d'indépendance judiciaire, souvent invoquée par la CJUE, vise en réalité à garantir que les juges puissent avant tout imposer leurs interprétations du droit. Alors même qu'une loi est traditionnellement perçue comme l'expression de la volonté populaire — c'est-à-dire de la souveraineté du peuple —, la CJUE considère que cette loi, adoptée par des représentants élus, peut être invalidée si elle est jugée contraire au « droit » tel qu'interprété par les juges. Cette hiérarchisation implicite fait du droit des juges une norme supérieure, reléguant les questions démocratiques à une position subalterne. On le voit : cette question n'est pas simplement de nature juridique : elle touche plus concrètement à la question de la souveraineté. Deux ans après la première condamnation de 2021, la Pologne fut de nouveau sanctionnée par la CJUE pour d'autres réformes judiciaires<sup>9</sup>. Ces dernières étaient accusées de compromettre l'indépendance de la Cour suprême, et donc de violer l'État de droit. Cette répétition souligne la portée expansive du concept d'État de droit, qui, dans les mains de la CJUE, devient un outil puissant pour imposer une uniformité normative.

**M**ais la Pologne ne fut pas le seul État visé. La Hongrie subit également le même reproche de la Commission européenne, confirmé par la CJUE<sup>10</sup> en 2020. En l'espèce, le Parlement hongrois avait adopté une loi sur la transparence des organismes percevant des dons venant des personnes physiques et morales étrangères en vue de lutter contre les ingérences (était notamment visé le milliardaire Georges Soros). Les organismes recevant des fonds étrangers devaient donc s'enregistrer auprès des juridictions hongroises dès lors que le don

dépassait un certain seuil. L'information était ensuite publiée sur une plate-forme en ligne consultable par tous.

Saisie de la conformité de cette loi au droit européen, la CJUE a considéré que la loi hongroise était de nature à constituer une mesure restrictive et discriminatoire en ce qu'elle forçait certaines associations spécifiques (recevant des fonds de l'étranger) à des obligations de transparence. Considérant que de telles restrictions à la liberté d'association étaient contraires aux « valeurs communes » de l'Union européenne dont l'État de droit en est la matrice, la CJUE a considéré que : « Cependant, cet objectif ne pourrait justifier, dans une Union européenne fondée sur des valeurs communes et promouvant la participation active de ses citoyens à la vie publique, y compris dans un État membre autre que celui où ils sont établis, qu'une législation nationale parte du principe que les organisations de la société civile bénéficiant d'aides financières provenant de personnes établies dans d'autres États membres sont suspectes. »

Cette décision, stupéfiante de partialité, résonne d'autant plus aujourd'hui quand on sait que le Parlement européen et la Commission européenne ont adopté toute une série de mesures destinées à lutter contre les ingérences étrangères (en réalité visant essentiellement la Russie à la suite de la guerre en Ukraine).



<sup>9</sup> CJUE, Commission c. Pologne -2021) – [Affaire C-791/19]

<sup>10</sup> CJUE, Commission / Hongrie 2020 (Transparence Associative) – (Affaire C-78-18)

## D) L'article 7 TUE : un mécanisme de sanction ambitieux à l'épreuve des réalités

L'article 7 du Traité sur l'Union européenne (TUE) constitue un mécanisme destiné à sanctionner un État membre en cas de risque ou de violation grave des valeurs énoncées à l'article 2 TUE, parmi lesquelles figure l'État de droit. Toutefois, ce mécanisme, bien qu'ambitieux dans sa conception, se décompose en deux phases distinctes, l'une préventive et l'autre répressive, chacune marquée par des exigences procédurales complexes qui en limitent l'application pratique.

Cette disposition permet au Conseil de constater, à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres et après approbation du Parlement européen, qu'il existe un risque clair de violation grave des valeurs de l'Union. Avant d'adopter une telle constatation, le Conseil doit entendre l'État concerné et peut lui adresser des recommandations :

« 1. Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations, en statuant selon la même procédure. Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables. »

La conclusion de cette procédure se limite donc à la constatation du risque, sans qu'aucune sanction concrète ne soit imposée. Cette procédure a déjà été utilisée contre l'État polonais en décembre 2017 par la Commission européenne puis la Hongrie en septembre 2018. Ces constatations répétées peuvent amener au déclenchement du paragraphe 2, procédure

qualifiée « d'option nucléaire » par l'ancien président Barroso », qui constitue le véritable volet répressif :

« 2. Le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière. »

La condition d'unanimité constitue une barrière quasi infranchissable, en particulier dans un contexte où des États comme la Pologne et la Hongrie, régulièrement ciblés par ces procédures, se soutiennent mutuellement au sein du Conseil.



En cas de constatation d'une telle violation, l'article 7 paragraphe 3 prévoit une sanction particulièrement sévère : la suspension de certains droits de l'État membre, y compris son droit de vote au sein du Conseil :

« 3. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales.

Toutefois, cette phase du paragraphe 3 n'a jamais été atteinte du fait de l'unanimité préalable requise quant à la constatation de la violation de l'État de droit. La Pologne et la Hongrie étant en front commun car conscientes chacune de leurs intérêts à se soutenir, la procédure a peu de chances d'aboutir un jour.

À ce jour, la procédure de sanction prévue à l'article 7 du TUE n'a jamais été concluante, et aucun État membre n'a été privé de ses droits de vote au sein du Conseil.

### [E\) La suspension des fonds européens : nouvel outil de coercition au service de l'État de droit](#)



Face à l'impossibilité de faire aboutir la procédure de sanction prévue par l'article 7 TUE, la Commission européenne s'est tournée vers un levier différent mais tout aussi contraignant : la suspension des financements européens.

Ce mécanisme de conditionnalité des fonds européens au respect de l'État de droit a été institué par un règlement du Parlement et du Conseil, adopté le 16 décembre 2020. Celui-ci conditionne l'octroi des financements européens au respect de valeurs fondamentales fixées par le TUE et notamment l'article 2 (dont l'une des valeurs mentionnées est donc le respect de l'État de droit).

Saisie d'un recours contre ce règlement par l'État polonais, la CJUE a validé le 16 février 2021<sup>11</sup> la légalité d'un tel mécanisme. La Cour de justice a rappelé que le respect par un État membre des valeurs que contient l'article 2 TUE est « une condition pour la jouissance de tous les droits découlant de l'application des traités à cet État membre ».

Plus loin, la Cour a précisé que ces obligations ne se limitent pas à la phase d'adhésion à l'Union européenne, mais qu'elles constituent une contrainte continue pour les États membres : « le respect de ces valeurs ne saurait être réduit à une obligation à laquelle un État candidat est tenu en vue d'adhérer à l'Union et dont il pourrait s'affranchir après son adhésion ».

Selon la Cour, les valeurs mentionnées à l'article 2 TUE sont partagées par les États membres et définissent l'identité même de l'Union en tant qu'ordre juridique commun.

La Cour de justice valide donc le mécanisme de suspension des fonds européens en cas de violations de l'État de droit commises dans un État membre.

Fort de cette décision, la Commission a activé le mécanisme de conditionnalité contre la Hongrie en avril 2022,

11 CJUE, 16 février 2022, *Pologne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98.

invoquant des préoccupations liées à l'État de droit et à la gestion des fonds européens. Dans cette perspective, on peut remarquer que la décision de la CJUE valide un mécanisme qui porte atteinte à la structure même des traités. L'article 2 TUE, invoqué comme fondement du conditionnement des fonds européens, ne contient aucune norme directement applicable ni aucune obligation contraignante pour les États membres en dehors des principes généraux énoncés. Or, en l'absence d'une base juridique explicite et claire prévoyant une telle sanction financière, la Cour de Justice a procédé à une interprétation finaliste et téléologique du droit primaire, élargissant indûment le périmètre de l'article 2 du TFUE au détriment de la souveraineté de l'État polonais.

Également, en décembre 2022, cette procédure a conduit à la suspension de 6,3 milliards d'euros de financements destinés à la Hongrie, les mesures correctives proposées par Budapest ayant été jugées insuffisantes pour garantir le respect des principes fondamentaux de l'Union.

L'impact de ce mécanisme a pris une nouvelle dimension au 1<sup>er</sup> janvier 2025, lorsque la Hongrie a définitivement perdu plus d'un milliard d'euros de fonds gelés, en raison de manquements persistants à l'État de droit<sup>12</sup>. Cette décision illustre non seulement la capacité de la Commission à appliquer des sanctions financières directes, mais aussi la montée en puissance de ce mécanisme comme instrument central dans la gouvernance de l'Union européenne.

En conclusion, il est clair que ce nouveau mécanisme de conditionnalité des fonds européens est une action plus efficace, plus directe et plus dissuasive pour la Commission en vue d'imposer son empire aux États récalcitrants à l'intégration européenne, et spécifiquement le respect de « l'État de droit ».

12 Cf. <https://www.rfi.fr/fr/europe/20250101-la-hongrie-d%C3%A9finitivement-priv%C3%A9-d-un-milliard-d-euros-de-fonds-europ%C3%A9ens>

Préférée à l'article 7 du TUE, trop théorique et trop lourde à mettre en œuvre, ce mécanisme risque d'être davantage utilisé par la Commission aux fins d'asseoir son autorité sur les États souverains.

En conclusion, sous couvert de faire respecter l'État de droit, l'Union européenne a en réalité constitué un mécanisme d'ingérence institutionnelle, permettant d'imposer ses vues aux États membres. Ce concept, d'abord érigé en principe vague dans les traités, a progressivement muté en un standard juridique aisément modulable par la Commission et la CJUE en fonction des nécessités du moment. En privant l'État de droit d'une réelle définition, l'Union s'est donnée une latitude d'interprétation très importante. Ce flou, volontairement entretenu, génère un double mouvement : d'une part, une extension continue des compétences juridictionnelles européennes, transformant la CJUE en acteur politique à part entière ; d'autre part, une instrumentalisation des leviers économiques, notamment via la suspension des fonds européens, pour soumettre les gouvernements récalcitrants à la logique intégrationniste. Ainsi, l'État de droit, sous son acception européenne, s'est imposé comme un instrument de contrôle des souverainetés nationales, légitimant une emprise normative qui dépasse largement la lettre et le cadre des traités. Mais cette dynamique ne s'arrête pas aux juges européens : au sein même de l'ordre interne, les magistrats français se sont également posés depuis longtemps en garants d'un État de droit conçu comme un rempart contre toute inflexion jugée « populiste ».

C'est ce rôle du juge français que nous allons désormais examiner, en analysant comment, par une extension continue de leurs pouvoirs, les juridictions nationales sont devenues les véritables sentinelles du droit contre toute tentative de réaffirmation de la souveraineté populaire.

## LES JUGES FRANÇAIS : SENTINELLES DU DROIT CONTRE TOUTE TENTATIVE «POPULISTE»



**L**a Ve République, née de l'ambition gaullienne de réconcilier autorité et légitimité populaire, s'est historiquement construite sur une tension entre deux piliers fondamentaux : l'expression directe de la souveraineté nationale, notamment par le référendum, et le développement progressif d'un État de droit incarné par des juges de plus en plus influents.

L'analyse qui suit s'inscrit dans cette perspective critique : elle explore la manière dont l'État de droit, tel qu'il est appliqué aujourd'hui, exacerbe les tensions entre la souveraineté populaire et les juges.

De la régulation migratoire à la révision constitutionnelle, cette étude met en lumière une opposition croissante entre deux logiques irréconciliables : celle d'un pouvoir directement issu du peuple et celle d'un cadre normatif toujours plus contraignant, dont les juges sont les gardiens auto-légitimés.

## A) De l'État de droit à l'État des droits : les juges et la complexification de la gestion migratoire

La question migratoire est devenue ces dernières années un sujet central en Europe et plus particulièrement en France. Une aspiration largement partagée par les peuples européens réclame un contrôle accru des flux migratoires, témoignant d'un besoin de protection des frontières et de préservation de l'ordre public. Cependant, cette volonté populaire se heurte à une dynamique jurisprudentielle où l'État de droit, sous sa forme la plus expansive, devient un instrument de multiplication des droits individuels. Ce processus, porté par une vision libérale des juges, complique considérablement l'action des pouvoirs publics en matière de régulation migratoire.



Premier exemple, l'arrêt GISTI rendu par le Conseil d'État en 1978. À cette occasion, l'association GISTI saisit la haute juridiction administrative aux fins d'examiner la légalité d'un décret du 10 novembre 1977 qui venait restreindre le regroupement familial aux seuls membres de la famille d'un ressortissant étranger qui ne sollicitaient pas l'accès au marché du travail. Par conséquent, les membres de la famille du travailleur en question ne pouvaient plus bénéficier du regroupement familial.

Le Conseil d'État, dans une décision de principe, proclama que le regroupement familial relevait d'un «**principe général du droit**», celui de «mener une vie familiale normale», se fondant sur le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Cette décision eut pour effet d'annuler le décret attaqué, le jugeant incompatible avec ce principe :« **que ce droit comporte, en particulier, la faculté pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs** ; que, s'il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, et sous réserve des engagements internationaux de la France de définir les conditions d'exercice de ce droit pour en concilier le principe avec les nécessités tenant à l'ordre public et à la protection sociale des étrangers et de leur famille, ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale l'occupation d'un emploi par les membres des familles des ressortissants étrangers ; que le décret attaqué est ainsi illégal et doit, en conséquence, être annulé<sup>13</sup> ; »



Cette décision illustre de manière emblématique l'utilisation de l'État de droit comme un instrument d'extension des droits individuels. En proclamant un principe général non explicitement inscrit dans un texte législatif, le juge s'érige en arbitre ultime, limitant ainsi les marges de manœuvre des pouvoirs publics dans leur capacité à réguler l'immigration en fonction des nécessités collectives.

L'arrêt GISTI révèle une tension fondamentale entre les droits individuels et les droits collectifs. L'État de droit, tel qu'interprété dans cette affaire, tend à se déployer au détriment des prérogatives des pouvoirs publics. La reconnaissance d'un droit individuel au regroupement familial, fondé sur une interprétation large et non encadrée, illustre cette dynamique. Loin de renforcer le cadre collectif, cette jurisprudence fragilise les efforts des autorités pour préserver un équilibre entre la protection des droits fondamentaux et la maîtrise des flux migratoires. L'État de droit est ici bien utilisé comme arme d'atomisation des droits collectifs en myriade de droits individuels, accordés qui plus est ici à des personnes étrangères au corps national.

Enfin, caractéristique typique du raisonnement de l'État de droit tel que pratiqué par les juges, il n'est fait référence à aucun principe clairement défini, à aucun texte clair, mais à une vague proclamation (le préambule de la Constitution de 1946) lequel consacre la primauté des droits individuels définis vaguement et dont les interprétations multiples peuvent même se neutraliser elles-mêmes. Dans tout ce flou juridique se dégage toutefois un arbitre souverain et incontestable : le juge.

**D**euxième illustration de la responsabilité des juges dans l'aggravation de la politique migratoire et l'impuissance du politique face à ces questions : la décision QPC Cédric Herrou rendue le 6 juillet 2018<sup>14</sup>.

En l'espèce, Cédric Herrou était poursuivi pour avoir hébergé et assisté des personnes en situation irrégulière sur le sol français. Saisi par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel rend alors une décision spectaculaire sur la base d'un raisonnement stupéfiant lequel (i) dégage de la Constitution « un principe constitutionnel de fraternité » qui par ailleurs s'oppose (ii) à la loi qui sanctionnait les personnes portant assistance à des personnes en situation irrégulière sur le sol français.



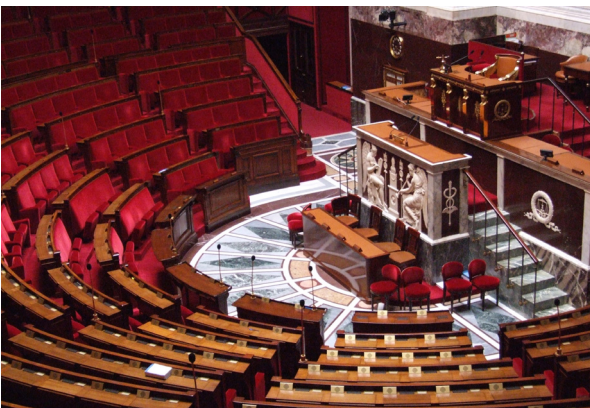
L'argumentation du Conseil repose sur une extrapolation audacieuse. Les juges tirent ce principe de fraternité sur la base de la simple occurrence du terme «fraternité» dans la Constitution, et ce à trois reprises : « Aux termes de l'article 2 de la Constitution : « La devise de la République est «Liberté, Égalité, Fraternité» ». La Constitution se réfère également, dans son préambule et dans son article 72-3, à l'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle. » (Attendu 7)

Ainsi, par une interprétation textuelle minimaliste et déconnectée du contexte juridique ou historique, le Conseil constitutionnel érige la fraternité en principe de valeur constitutionnelle, lequel entraîne la mise à l'écart de la loi réprimant l'aide aux personnes en situation irrégulière.

14 DC n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018

Alors même qu'il existe 4 occurrences du terme « souveraineté » et 9 du terme « peuple », il y aurait pu avoir à la place du principe de fraternité un principe de souveraineté du peuple à se maintenir sur son sol et donc au respect de ses frontières. Étrangement ce n'est pas ce principe qui a été inventé à cette occasion par le Conseil constitutionnel. Ce choix délibéré de privilégier un principe facilitant la prolifération des droits individuels, au détriment de la souveraineté collective, reflète une orientation idéologique sous-jacente. Ce raisonnement révèle une tension fondamentale entre deux visions irréconciliables : d'une part, un État de droit proliférant, centré sur des droits individuels illimités ; d'autre part, un État souverain, fondé sur le droit collectif et la primauté des décisions démocratiques. Cette opposition est exacerbée lorsque, comme ici, les juges censurent une loi votée par les représentants élus du peuple français. Par cette décision, une fois de plus, le Conseil constitutionnel entendait faire primer sa vision normative abstraite, transformant l'interprétation de principes constitutionnels en un outil de domination judiciaire.

Autre exemple récent témoignant des dérives du Conseil constitutionnel : la censure de la loi asile immigration du 26 décembre 2023. Par une décision du 26 janvier 2024<sup>15</sup>, le Conseil constitutionnel a censuré un grand nombre d'articles du projet de loi au motif qu'ils constituaient des cavaliers législatifs.



**Remarque :** un cavalier législatif désigne, selon l'article 45 de la Constitution, un article de loi ajouté par un parlementaire mais qui ne comporte pas de lien suffisant avec le texte initial déposé par le gouvernement. Depuis 1985 (Décision DC-85-198 du 13 décembre 1985) le Conseil constitutionnel use (et abuse) de cet article pour défaire les amendements parlementaires qu'il considère comme « hors sujet ».

Ainsi, le Conseil a considéré qu'instituer un délit de séjour irrégulier (article 17 de la loi précitée) était sans lien même indirect, avec le projet de loi initial, c'est à dire sans rapport avec la « maîtrise de l'immigration ». Cette censure laisse perplexe. Une telle décision signifie donc que le Conseil considère que sanctionner pénalement des gens qui violent les frontières nationales est sans lien avec la maîtrise de l'immigration. Également, le Conseil constitutionnel a considéré que la restriction des règles du regroupement familial (articles 3, 4 et 5 de la loi précitée) était sans lien, même indirect, avec le projet de loi initial, c'est-à-dire sans rapport avec la maîtrise de l'immigration. Pour mémoire, l'immigration familiale est la 1<sup>ère</sup> cause d'immigration légale dans les statistiques du ministère de l'Intérieur. Là encore, on reste stupéfait par la conclusion du Conseil et même par l'absence de justifications complémentaires d'une telle position. Enfin, dernier exemple, le Conseil constitutionnel a estimé que le fait d'instituer une caution pour les étudiants étrangers (article 11 de la loi précitée) était également sans lien, même indirect, avec le projet de loi initial, c'est-à-dire avec la maîtrise de l'immigration. Ainsi donc, nous apprenons du Conseil que, restreindre par le biais d'une caution l'immigration étudiante qui est l'un des principaux motifs de délivrance de titre de séjour, est sans lien avec la « maîtrise de l'immigration ».

On le constate : la partialité du Conseil n'est plus à démontrer, surtout lorsqu'il s'agit d'une matière aussi politique et polémique que la question migratoire.

15 Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024

Souhaitant contourner cette censure, des députés LR ont déposé une proposition de RIP reprenant certaines dispositions de la loi asile et immigration censurée par le Conseil. Pour mémoire, le RIP (Référéndum d'Initiative Parlementaire) permet à 60 parlementaires de soumettre à référendum, après avis du Conseil constitutionnel :

« tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions (... )...qu'aucune disposition de la proposition de loi ne soit contraire à la Constitution <sup>16</sup>».

C'est sur ces derniers mots de l'article 11 de la Constitution que le Conseil a fondé sa censure de manière stupéfiante. Le Conseil a prononcé alors la censure de la proposition de RIP non pas sur le fondement de la Constitution de 1958, mais sur celui de principes d'un autre temps.

En effet, le Conseil constitutionnel a considéré qu'en réservant « le bénéfice de prestations sociales [...] à une condition de résidence en France d'une durée d'au moins cinq ans ou d'affiliation au titre d'une activité professionnelle d'une durée d'au moins trente mois », le projet de loi portait « une atteinte disproportionnée » au préambule de la Constitution de 1946, qui depuis une décision du Conseil constitutionnel de 1971<sup>17</sup> a acquis la même valeur juridique que la Constitution de 1958 (cf. infra).

C'est-à-dire le préambule du premier projet de Constitution de la IV<sup>e</sup> République, qui avait été rédigé conjointement par les élus du Parti socialiste et du Parti communiste avant d'être repris dans le second projet constitutionnel, lequel fut ratifié contre les Français.

Là encore, on ne peut que déplorer que l'interprétation extensive et droit-de-l'homme du Conseil (dont est directement inspiré le préambule de 1946) ait conduit à empêcher l'expression du peuple souverain par la voie possible mais hélas avortée du référendum.



Dernier exemple en matière migratoire, la décision rendue cette fois-ci par la CJUE le 30 juillet 2024<sup>18</sup> Les faits sont simples mais lourds de conséquences. Deux étrangers hors-UE, résidant en Italie, avaient bénéficié du «revenu de citoyenneté», une prestation sociale conditionnée par la loi italienne à une résidence d'au moins 10 ans sur le territoire italien.

Après constatation d'un bénéfice indu, le fisc italien leur demande de rembourser les sommes perçues. Ces derniers contestent et saisissent le tribunal de Naples, qui pose à la CJUE une question préjudicielle sur la conformité de cette exigence de résidence de 10 ans avec le droit de l'Union.

La CJUE, dans sa réponse, déclare cette condition contraire au droit européen, s'appuyant sur la directive 2003/109. Selon cette directive, les ressortissants étrangers «de longue durée» doivent bénéficier d'une égalité de traitement avec les nationaux en matière de sécurité sociale, d'aide sociale et de protection sociale. La Cour en conclut qu'il est interdit d'imposer une durée de résidence supérieure aux limites fixées par cette directive pour accéder à ces prestations.

16 Article 11 de la constitution  
17 DC, 16 juillet 1971, Liberté d'Association

18 CJUE, 30 juillet 2024, Affaires C-112/22 CU et C-223/22ND

Ce raisonnement met en lumière un paradoxe fondamental. Alors que les États sont confrontés à une pression migratoire croissante, la CJUE impose des restrictions à leur capacité de légiférer sur des questions touchant directement à leur souveraineté. En empêchant l'Italie de fixer une durée de résidence nationale de 10 ans pour bénéficier d'un revenu social, la CJUE nie la spécificité des droits des nationaux. Par définition, les citoyens d'un État bénéficient d'un ensemble de droits et de protections spécifiques qui les distinguent des étrangers. Remettre en cause cette distinction revient à éroder la légitimité même des frontières nationales, tant physiques que juridiques. L'un des points saillants de cette décision est la traque systématique des discriminations entre ressortissants nationaux et étrangers. Cette logique, poussée à l'extrême, atteint une forme d'absurdité. Si les nationaux ne peuvent pas bénéficier de droits supplémentaires par rapport aux étrangers, la distinction même entre citoyenneté et résidence perd toute signification. Une telle uniformisation normative, sous prétexte de lutte contre la discrimination, affaiblit le fondement même de la souveraineté des États membres.

**E**n conclusion, une étude entière pourrait être consacrée à la lecture particulièrement libérale que les juges font des textes juridiques dont ils sont les interprètes habiles en vue de conférer toujours plus de droits aux étrangers, en situation régulière ou non, et d'opposer sans cesse plus de normes aux pouvoirs publics sur la base de raisonnements toujours plus inventifs. Cette dynamique révèle une instrumentalisation manifeste du concept d'État de droit au détriment des capacités d'action du politique.

En principe, il reste un outil que les juges s'étaient toujours refusé à contrôler : le référendum. Pourtant, les dernières décisions du Conseil constitutionnel nous laissent à penser que même sur cet outil de souveraineté principiel, les juges pourraient opposer l'État de droit pour empêcher l'expression populaire d'un tel suffrage.

## B) La confiscation du référendum par le juge constitutionnel



**D**epuis 1958 et encore plus 1962, la Ve République est une démocratie présidentielle légitimée par la souveraineté populaire. S'appuyant sur des référendums fréquents, le général de Gaulle a voulu construire un régime politique dans lequel la souveraineté s'exerce par voie de référendum (s'appuyant ainsi sur la lettre de la Constitution, plus précisément l'article 3). Le référendum peut être déclenché directement, c'est-à-dire sans passer par le filtre parlementaire, par la voie de l'article 11 de la Constitution.

L'enjeu est ici fondamental. Il ne s'agit pas simplement d'un affrontement entre deux conceptions de la souveraineté, mais d'une lutte existentielle entre deux paradigmes : le pouvoir direct, dérivé de la volonté populaire, et la normativité abstraite, exercée par les juges. L'usage de l'article 11 révèle cette fracture profonde et met en lumière la tension illibérale inscrite au cœur de la République.

### 1. De Gaulle et le Conseil constitutionnel

**L**a vision que le Général de Gaulle avait du droit était claire, presque brutalement réaliste : « Souvenez-vous de ceci : il y a d'abord la France, ensuite l'État, enfin, autant que les intérêts majeurs des deux sont sauvegardés, le droit<sup>19</sup>. »

19 Charles de Gaulle, entretien avec Roger Peyrefitte, dans *C'était de Gaulle*, 1959.

Ici, le droit n'est pas une fin en soi ; il ne saurait primer sur les impératifs supérieurs de l'État et de la nation. Pour de Gaulle, les institutions devaient être au service du politique et non l'inverse. L'action de l'exécutif, lorsqu'elle est guidée par des circonstances exceptionnelles, exigeait des pouvoirs exceptionnels. Comme le résumait le conseiller d'État Romieu : « Quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers ! » En d'autres termes, la souveraineté politique ne saurait s'incliner devant un contrôle juridique qui, par son essence même, est statique et abstrait. À l'évidence, et la presse ne s'y laissa point tromper, le doute quant à l'impartialité d'une telle juridiction était permis. Néanmoins, la réalité concrète des décisions rendues (peu nombreuses) durant cette période nous laisse à penser que le Conseil constitutionnel sut rester dans le rôle et les pouvoirs tels que fixés par la Constitution.

L'épisode majeur de l'ère gaullienne, qui cristallise cette tension, est sans nul doute la réforme constitutionnelle de 1962 instituant l'élection du président de la République au suffrage universel. En apparence, la lettre de la Constitution ne laissait aucune ambiguïté : son article 89 prévoit que toute révision constitutionnelle nécessite un vote préalable du Parlement. Mais c'est précisément ce verrou parlementaire que de Gaulle entendait briser. Pourtant la lettre de la Constitution est claire : aucune modification de la Constitution ne peut se faire sans recueillir en amont l'accord du Parlement, lequel s'oppose bien entendu à cette réforme.

De Gaulle s'appuie alors sur l'article 11 de la Constitution lequel prévoit que : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité

qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. » À première lecture, le champ de compétence de cet article est limitatif et ne prévoit donc pas qu'un référendum puisse porter sur une modification constitutionnelle. Léon Noël, alors président du Conseil constitutionnel, relatera plus tard dans ses mémoires que cet usage du référendum présidentiel relevait d'une évidente violation de la lettre du texte suprême. Pris entre son ascèse juridique et sa fidélité politique, il valida néanmoins la procédure, conscient que le Conseil n'avait pas le pouvoir de s'y opposer.

Dans sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel, saisi par le Sénat, relèvera en introduction que sa « compétence est strictement délimitée par la Constitution ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958<sup>20</sup> ». Sagement, l'institution estimera que son contrôle de constitutionnalité porte « uniquement sur les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». Une décision inverse aurait clairement subordonné la volonté populaire à l'appréciation des juges. Or, comme le fera d'ailleurs justement remarquer de Gaulle, l'article 3 de la Constitution indique que « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». L'enjeu était immense. Une décision contraire aurait constitué une mise en tutelle juridique de la souveraineté populaire, c'est-à-dire une subordination du peuple souverain à la décision des juges. En refusant de contrôler le référendum, le Conseil constitutionnel affirma son respect de la Constitution, mais aussi son réalisme face au primat de la décision du peuple souverain. L'épisode de 1962 marque un moment fondateur dans l'histoire de la Ve République, à telle point que certains juristes parlent parfois de « constitution de 1962 » et non de constitution de 1958. La décision du Conseil constitutionnel,

loin d'être une abdication, rappelle que le droit ne saurait enfermer la souveraineté nationale lorsqu'elle s'exprime directement par la voix du peuple. Ainsi, le Conseil, en refusant d'outrepasser ses compétences, préserva l'équilibre délicat entre le droit et la souveraineté de la décision politique populaire. De Gaulle, quant à lui, inscrivit la réforme de 1962 dans une logique plébiscitaire qui transforma durablement le régime parlementaire de la Ve République, qui constitue en réalité sa véritable essence.

## 2. 1971 : le Conseil constitutionnel devient le gardien de l'État de droit

**A**près la disparition du Général de Gaulle, le Conseil constitutionnel, jusque-là cantonné dans un rôle technique et limité, saisit l'occasion de s'émanciper et de redéfinir sa nature même. Cette transformation radicale s'opère par une décision majeure, celle du 16 juillet 1971, Liberté d'Association. Une décision anodine en apparence, mais dont les conséquences résonnent comme un véritable big-bang constitutionnel, pour reprendre les termes de Pascal Jan.

Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel censura la loi Marcellin, qui portait une atteinte jugée disproportionnée à la liberté d'association. Jusque-là, rien qui ne dépasse le cadre classique du contrôle de constitutionnalité tel qu'établi en 1958. Mais le raisonnement du Conseil allait bouleverser l'ordre juridique en vigueur. Comme le relève François Luchaire : « Bel exemple d'une décision sans conséquence concrète mais immense des possibilités pour l'avenir. »

Pourquoi une telle révolution ? Parce que, pour la première fois, le Conseil constitutionnel dépasse la lettre de la Constitution pour en élargir le champ matériel. Jusqu'alors, conformément à l'article 61 de la Constitution de 1958, le contrôle exercé par le Conseil se bornait à juger les lois votées par le Parlement au regard du texte constitutionnel de 1958, composé de 92 articles clairs et limités. Mais en 1971, le Conseil prit une initiative inattendue : il donna valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1946. Ce geste, en apparence technique, est

en réalité révolutionnaire. Il introduisit dans le contrôle de constitutionnalité des principes libéraux hérités de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 et des droits économiques et sociaux contenus dans le préambule de 1946. Le Conseil constitutionnel ne se contentait plus de juger la loi au regard de la seule architecture institutionnelle de la Ve République : il se dotait d'un arsenal de principes politiques et philosophiques, aux contours infiniment interprétables. La conséquence majeure de cette décision est nette : désormais le Conseil constitutionnel ne juge plus en fonction de la seule Constitution mais des principes libéraux, propre à l'État de droit, contenus dans le DDHC et le préambule de 1946. Sa nature ne va dès lors pas cesser de changer. Il n'est plus seulement, comme le dit Robert Badinter, le garant de la Constitution mais aussi le garant des droits et libertés fondamentaux. Cette transformation, aussi silencieuse que radicale, modifie profondément la nature du Conseil : d'arbitre technique, il évolue en acteur politique majeur. Les droits fondamentaux contenus dans la DDHC et le préambule de 1946 – liberté, égalité, propriété, droit d'association, droits sociaux – sont porteurs d'une dimension philosophique et politique qui transcende le droit positif. Leur interprétation, par nature subjective, ouvre au Conseil un champ d'intervention quasi-infini. Avec ces nouveaux textes en mains, le Conseil ne pouvait que dériver du juridique vers le politique. Véritable « coup d'État juridique » selon l'expression de Robert Badinter, fait au nom de l'État de droit, avec cette décision le Conseil constitutionnel s'émancipe du pouvoir présidentiel (en particulier en 1974 avec l'élargissement de sa saisine par 60 députés/sénateurs) et élargit considérablement son champ de compétence en changeant sa nature même. Il devint peu à peu le gardien autoproclamé de l'État de droit.

## 3. L'État de droit face au référendum

**L'**opposition entre l'État de droit et la souveraineté populaire trouve son expression la plus vive dans l'usage controversé du référendum prévu par l'article 11 de la Constitution. Pour mémoire, cet article permet au Président de la République de déclen-

cher directement un référendum sur « tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. »

Lors de la dernière élection présidentielle de 2022, un débat s'est cristallisé autour de cet article. Certains candidats proposaient, dans la perspective d'une refonte du droit applicable aux étrangers, une modification constitutionnelle par voie référendaire. Les mesures envisagées – préférence nationale, fin du regroupement familial, restriction des prestations sociales aux seuls Français – auraient été inévitablement censurées si elles avaient pris la forme d'une loi ordinaire, en raison de leur contrariété avec l'interprétation extensive et idéologique que le Conseil constitutionnel fait des textes de référence : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC), le Préambule de 1946, etc.

Les réactions à gauche<sup>21</sup> et dans l'élite juridique furent à la hauteur de la proposition. Ainsi, le professeur Dominique Rousseau déclara avec mesure que ce que certains candidats voulaient par l'article 11 « c'est une sorte de coup d'État !<sup>22</sup> ». La chose est entendue : une révision de la Constitution par référendum présidentiel serait donc de fait une violation de la Constitution.

Quant au président du Conseil constitutionnel, Laurent Fabius, sa position allait dans le même sens : une révision constitutionnelle par voie de référendum présidentiel serait une violation manifeste de la Constitution. —

21 Voir par exemple l'édito de Thomas LE-GRAND le 13 avril 2022 sur France Inter concluant à l'impossibilité d'un tel référendum : <https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/l-edito-politique/l-edito-politique-du-mercredi-13-avril-2022-8087500>

22 <https://www.publicsenat.fr/actualites/politique/immigration-le-referendum-voulu-par-marine-le-pen-est-il-constitutionnel-190598>

Cette controverse révèle une ligne de fracture profonde : celle qui oppose la souveraineté populaire au formalisme juridique de l'État de droit. L'argument avancé est clair : l'article 89 de la Constitution prévoit une procédure de révision constitutionnelle strictement encadrée. Toute révision doit être initiée par le Président de la République et approuvée par le Parlement, avant d'être soumise éventuellement à un référendum.

En d'autres termes, le Parlement, dans sa sagesse éclairée, demeure le gardien du jeu institutionnel et se présente comme un filtre nécessaire entre la volonté populaire brute et la réforme constitutionnelle.

Cet argument, en apparence juridique, est éminemment politique. Il traduit une méfiance profonde envers le référendum, perçu comme un instrument dangereux lorsqu'il donne directement voix au peuple souverain. En refusant la révision par l'article 11, les détracteurs de cette procédure déplacent délibérément le centre de gravité de la souveraineté : du peuple vers ses représentants.

La volonté nationale, ainsi canalisée par le Parlement, est neutralisée par l'État de droit.

L'argument avancé par les opposants à l'usage de l'article 11 pour réviser la Constitution repose sur une lecture stricte et littérale de ce dernier. En effet, contrairement à l'article 89, qui prévoit expressément la procédure de révision constitutionnelle, l'article 11 ne mentionne à aucun moment une telle possibilité :

« Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. »

Une lecture stricte de ce texte permet, à première vue, d'exclure toute révision constitutionnelle. Dès lors, un usage de l'article 11 dans ce but ne serait rien d'autre qu'une violation de la Constitution.

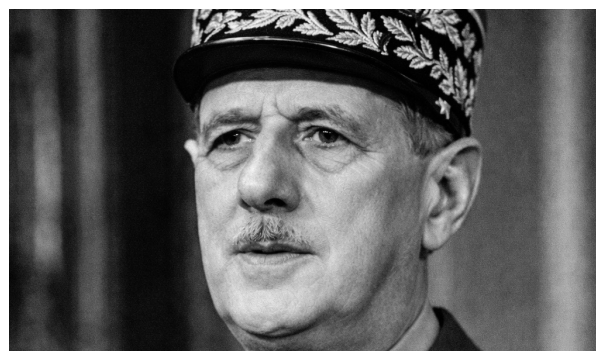
Toutefois, cette affirmation mérite d'être dépassée. La clé de compréhension ne réside pas uniquement dans le texte, mais dans la pratique constitutionnelle qui s'est imposée depuis 1962.

Rappelons qu'en 1962, le Général de Gaulle, contre l'avis du Parlement, décida de réviser la Constitution pour instaurer l'élection présidentielle au suffrage universel direct en utilisant l'article 11. Cette initiative provoqua une tempête politique et juridique. Comme nous l'avons vu précédemment, le Conseil constitutionnel refusa de censurer cette démarche, estimant qu'il ne disposait pas de compétence pour juger une loi adoptée par référendum, expression directe de la souveraineté nationale.

Le résultat fut sans appel : la réforme, proposée par de Gaulle, fut adoptée par une majorité écrasante (62,25 % des suffrages exprimés). Cette approbation populaire ne se limitait pas à une simple adhésion à la réforme ; elle validait implicitement l'usage de l'article 11 comme un outil légitime pour réviser la Constitution.

Les critiques de cet usage de l'article 11 s'enferment dans une contradiction insurmontable. Si l'on suit leur raisonnement, l'acte fondateur de 1962 serait entaché d'illegalité. Dès lors, comment expliquer que depuis 1965, dix élections présidentielles se soient déroulées sur cette base sans que leur légitimité ne soit sérieusement contestée ? Serait-ce à dire que l'élection d'Emmanuel Macron ou celle de ses prédécesseurs repose sur un fondement juridique illicite ? Une telle position est évidemment absurde.

Car, en définitive, c'est le peuple souverain qui tranche la question. Le peuple, source ultime de la légitimité constitutionnelle, ne peut être en contravention avec une Constitution qui tire précisément son existence de sa volonté. L'épisode fondateur de 1962 illustre cette réalité avec éclat : les Français, en validant par référendum l'interprétation gaullienne de l'article 11, ont consacré une



pratique constitutionnelle qui dépasse la lettre du texte. Cette validation populaire, réitérée au fil des scrutins présidentiels, a donné naissance à une constitution coutumière, vivifiée par la répétition des usages et sanctifiée par la souveraineté nationale. Ainsi, la Constitution de 1958 n'est pas qu'un document figé dans le marbre ; elle est également vivante, évoluant au gré des pratiques politiques et des volontés populaires. L'initiative de Charles de Gaulle en 1962 a démontré que, lorsque le peuple s'exprime directement, il peut transcender les limitations textuelles et imposer une interprétation dynamique de la norme constitutionnelle. Ce précédent a durablement marqué la tradition institutionnelle française en ouvrant la voie à un usage élargi de l'article 11, conçu comme un outil de souveraineté populaire.

Cependant, face à cette évolution, les opposants à une révision constitutionnelle via l'article 11 brandissent un ultime argument : l'inconstitutionnalité du décret présidentiel convoquant les électeurs. Cet argument repose sur une décision-clé du Conseil constitutionnel, connue sous le nom de décision Hauchemille<sup>23</sup>. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel s'est déclaré compétent pour contrôler les actes préparatoires à un scrutin référendaire, notamment le décret présidentiel convoquant les électeurs. Voici la formulation précise, et pour le moins audacieuse, retenue par le Conseil : « En vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil

constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité des opérations à venir dans les cas où l'irrégularité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics. » Par cette jurisprudence, le Conseil s'octroie un rôle préventif et élargit son champ d'intervention à des actes jusqu'ici considérés comme relevant du pouvoir propre du Président de la République. En cela, il pourrait, en théorie, bloquer l'usage de l'article 11 pour une révision constitutionnelle, en censurant le décret de convocation des électeurs. Deux observations s'imposent quant à cette perspective : L'article 11 de la Constitution ne prévoit en aucun cas un contrôle du Conseil constitutionnel sur la convocation référendaire initiée par le Président. Ce silence constitutionnel n'est pas anodin : l'article 11 relève des pouvoirs propres du chef de l'État, c'est-à-dire des prérogatives qu'il exerce souverainement, sans aucun contrôle préalable. Le seul cas explicitement prévu de contrôle porte sur le référendum d'initiative parlementaire, et non présidentielle. En étendant son contrôle, le Conseil interprète la Constitution au-delà de ses termes, dans une démarche que l'on pourrait qualifier d'auto-légitimante. Même en admettant l'hypothèse d'un contrôle, il est essentiel de clarifier le sens de l'expression « *régularité des opérations* ». La décision Hauchemaille laisse entendre que ce contrôle porte avant tout sur des irrégularités matérielles relatives à la bonne tenue du scrutin – la sincérité du vote, le respect des procédures électorales, etc. Rien dans cette formulation ne permet d'inclure un contrôle de fond sur la légalité du décret de convocation. Confondre ces deux dimensions reviendrait à travestir la mission constitutionnelle du Conseil. Aussi, à l'avenir, si un président de la République tentait de recourir à l'article 11 pour réviser la Constitution, le Conseil constitutionnel se déclarerait très probablement compétent pour censurer le décret de convocation des électeurs, considérant qu'il ne respecte pas le champ matériel défini par l'article 11. Laurent Fabius, président

actuel du Conseil, a déjà pris position en ce sens, déclarant : « *Quoi qu'il en soit, ayez à l'esprit que quand on dit qu'on veut réviser la Constitution, ça ne peut être fait que par l'article 89 qui suppose d'abord un accord des deux chambres*<sup>24</sup>. Ces déclarations, répétées avec insistance, traduisent une volonté claire : celle d'enfermer la révision constitutionnelle dans les seules limites de l'article 89, excluant toute initiative directe du peuple via l'article 11. Une telle posture fait peser une lourde hypothèque sur la souveraineté présidentielle et, par extension, sur la souveraineté populaire elle-même.

**S**i le Conseil constitutionnel venait à censurer le décret présidentiel, nous serions face à une crise institutionnelle majeure. Car, en contestant l'usage de l'article 11 pour une révision constitutionnelle, **le Conseil constitutionnel déplacerait la souveraineté du peuple vers une lecture juridictionnelle de la Constitution.** Une telle décision serait perçue non comme une protection de l'État de droit, mais comme un refus d'admettre que, dans une démocratie, le peuple reste l'arbitre ultime des institutions et plus encore : le souverain. En 1962, Charles de Gaulle avait contourné les résistances du Parlement en s'appuyant sur la légitimité populaire, validant par la pratique une constitution coutumière. Refuser cette dynamique reviendrait à nier l'histoire institutionnelle de la Ve République, à ignorer que c'est dans le peuple, et non dans le juge, que réside la souveraineté. Dans ce contexte, une question fondamentale se pose : le peuple accepterait-il de se voir dépossédé de sa voix ? L'histoire politique montre que, lorsque les institutions juridiques s'opposent aux aspirations populaires, la souveraineté finit toujours par réclamer sa place.

Le risque d'un conflit institutionnel majeur, opposant le politique au juridique, deviendrait alors une réalité tangible. Cette éventualité pose un défi essentiel à l'avenir de la Ve République : celui de concilier la place de l'État de droit avec le caractère primordial de la souveraineté populaire.

24 Cf. [https://www.huffingtonpost.fr/politique/video/reviser-la-constitution-apres-la-loi-immigration-laurent-fabius-ne-dit-pas-non-mais-rappelle-le-protocole\\_228917.html](https://www.huffingtonpost.fr/politique/video/reviser-la-constitution-apres-la-loi-immigration-laurent-fabius-ne-dit-pas-non-mais-rappelle-le-protocole_228917.html)



**I**l nous semble clair que le concept d'État de droit, tel qu'il se déploie aujourd'hui à l'échelle européenne et française, a été capturé par une dynamique qui dénature son essence profonde. Conçu initialement comme un cadre de limitation des pouvoirs, il est devenu l'instrument d'une idéologie individualiste et universaliste qui subordonne la souveraineté populaire concrète à des normes juridiques abstraites. Cette évolution est le fruit d'une conception qui refuse la primauté du politique et préfère confier aux juges un rôle quasi-hégémonique dans la création normative.

L'État de droit contemporain exige une impérieuse prééminence de la forme juridique au détriment de la décision politique. Dans une démocratie, le droit est l'instrument du politique, c'est-à-dire le moyen privilégié en vue d'exprimer la volonté populaire dans un cadre organisé. Or, à travers l'évolution jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et du Conseil constitutionnel français, le droit s'est autonomisé, devenant un vecteur d'émancipation des juges par rapport à la souveraineté nationale. On aboutit alors à une profonde inversion des rapports entre l'État et le droit : ce dernier, au lieu de servir de cadre à l'expression de la volonté générale, est devenu un prisme au travers duquel les aspirations populaires sont filtrées, voire privées d'effet.

Cette dynamique se traduit par une multiplication des droits individuels, dégagés sans considération réelle des besoins collectifs, et par une jurisprudence expansive qui neutralise le pouvoir politique au nom de principes universels, abstraits et à l'interprétation infinie. Les récents arrêts ciblant la Pologne ou la Hongrie en sont des exemples éloquentes, tout comme les décisions françaises favorisant des droits aux personnes en situation régulière ou non de plus en plus larges au détriment des prérogatives souveraines de l'État. Sous couvert de neutralité et de rationalité, l'État de droit a été transformé en une arme idéologique. Loin de protéger la cohérence de l'ordre juridique et avec lui le cadre constitutionnel, ce concept est utilisé comme une arme contre la décision politique, préjugée par principe autoritaire, et en la remplaçant par une logique technocratique et individualiste. Or, toute norme tire son essence d'une décision. Déconnecter le droit de la décision revient à le vider de sa substance, et donc à en faire un outil arbitraire aux mains d'autres décideurs mais dépouillés de la légitimité requise : les magistrats.

Sur la base des réflexions développées dans cette étude, nous formulons les propositions suivantes.

### 1. Supprimer l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

Comme étudié précédemment, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne est en réalité une institution servant à légitimer l'ingérence normative de Bruxelles dans les affaires souveraines des États, notamment en matière de violation du standard de l'État de droit. Son rôle, officiellement consultatif, consiste à produire un flot ininterrompu de rapports orientés, destinés à justifier l'application des mécanismes de sanction en matière de violation de l'article 2 du TUE, et notamment de l'État de droit. Son existence est l'illustration typique d'une bureaucratie inutile, doublonnant les missions déjà assurées par la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil. Pour rappel, le budget alloué pour l'année 2024 à l'Agence des droits fondamentaux était de 27 millions d'euros. Comme évoqué au cours de la présente étude, nous suggérons donc sa suppression.

### 2. Redéfinir les compétences des juges européens

La CJUE est chargée du respect des traités signés par les États Membres. Respecter le traité, c'est-à-dire la décision prise par les autorités légitimes, signifie en respecter avant tout la lettre et ne pas la dénaturer sous le prétexte de l'esprit. Nous recommandons une révision des traités européens afin de définir strictement les domaines où la CJUE pourrait intervenir. Par exemple, les questions régissant les systèmes judiciaires nationaux pourraient être exclues de sa compétence.

### 3. Encadrer ou supprimer la référence à l'État de droit à l'article 2 du TUE

Compte tenu des développements qui précèdent, il est clair que la notion d'État de droit est aujourd'hui l'outil politique par excellence de la CJUE et la Commission. La partialité avec laquelle ce concept, transformé en arme, est aujourd'hui utilisé pour faire dire tout et parfois n'importe quoi dès lors qu'il sert à étendre l'empire des prérogatives eu-

ropéennes sur celles des États souverains doit être constatée et condamnée. Nous suggérons donc la suppression de la référence à « l'État de droit » dans les traités, en particulier à l'article 2 du TUE. À défaut, les juges continueront à utiliser cette notion et à exploiter les failles inhérentes d'une notion si malléable. À défaut d'une suppression, compte tenu du caractère très délicat et polémique d'une telle action dans l'espace médiatique, une rédaction nouvelle, en vue d'enfermer davantage le pouvoir d'interprétation du juge, pourrait être envisagée de l'article 2 du TUE. Dans l'esprit des développements précédents, et notamment du I., nous pourrions limiter la vision du juge européen à la stricte théorie juridique du Reichstadt, c'est-à-dire la pure et formaliste application du droit par les autorités, sans considération et interprétation substantielles des droits et libertés fondamentaux. Une nouvelle rédaction de l'article 2 du TUE pourrait être la suivante :

« L'Union est fondée sur les valeurs du respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'État de droit, c'est-à-dire le strict respect du droit par les États, et des droits et libertés strictement définis par le Parlement et la Commission. ainsi que du respect des droits de l'Homme ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits de personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

### 4. Encadrer les conditions d'application de l'article 7 du TUE

Pour mémoire, l'article 7 du TUE pose le régime du mécanisme de sanction en cas de violation par un État Membre de l'article 2 du TUE, et notamment des règles relatives au respect de l'État de droit. Nous suggérons trois modifications majeures à cet article :

- Subordonner l'initiative de la procédure de sanction à la prérogative unique du Par-

lement européen, statuant à la majorité des 4/5<sup>ème</sup> de ses membres ;

- Supprimer toute initiative ou marge de manœuvre de la Commission dans la mise en œuvre du mécanisme de sanction ;

- Faire évoluer la mise en œuvre de la sanction prévue au paragraphe 3 du principe de la majorité à celui des 4/5<sup>ème</sup> des membres du Conseil européen.

Dans cet esprit, la nouvelle rédaction des trois premiers paragraphes de l'article 7 du TUE pourrait être la suivante :

« 1. Sur proposition **motivée d'un tiers des États membres**, du Parlement européen **adoptée à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres, ou de la Commission européenne**, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations, en statuant selon la même procédure. Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables.

2. Le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres **ou de la Commission européenne** et après approbation du Parlement européen **à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres**, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière.

3. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, **statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres**, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales. Les

obligations qui incombent à l'État membre en question au titre des traités restent en tout état de cause contraignantes pour cet État. »

## 5. Restreindre les pouvoirs coercitifs financiers de la Commission et de la CJUE

Comme étudié précédemment, les pouvoirs de la Commission se sont considérablement renforcés en vue de contraindre les États récalcitrants à la bonne application de l'article 2 du TUE, et notamment le respect de l'État de droit. Pour contrer cela, nous suggérons d'encadrer, voire supprimer le pouvoir de sanction financière de la Commission et de la CJUE par la suppression du mécanisme de conditionnalité des fonds européens. Celle-ci supposera une révision du règlement du Parlement et du Conseil, adopté le 16 décembre 2020. En cas de non-respect de l'État de droit, il ne sera plus possible de suspendre voire supprimer les fonds versés par l'Union européenne aux États, comme ce fut le cas pour la Hongrie en 2025.

## Au niveau français

### 1. Modifier l'article 61 de la Constitution

**D**epuis la décision de 1971, le Conseil constitutionnel n'a cessé d'élargir ses prérogatives jusqu'à se considérer non plus seulement comme le gardien de la Constitution, ce qu'il n'est pas, mais aussi de l'État de droit.

Comme au niveau européen, le caractère si fertile d'une notion déjà si floue a conduit à un certain nombre de dérives qui font peser un risque sur la souveraineté du peuple français. L'exemple de l'article 11 de la Constitution est ici particulièrement éclairant. La jurisprudence Hauchemaille, qui autorise le Conseil constitutionnel à contrôler les actes préparatoires au référendum, pourrait, à terme, être étendue pour censurer un référendum présidentiel

portant sur une révision constitutionnelle. Une telle extension reviendrait à verrouiller encore davantage l'accès à l'expression directe de la volonté populaire, déjà fortement encadrée par les institutions. A cet effet, nous recommandons de modifier l'article 61 de la constitution pour y ajouter la phrase suivante à la fin du premier alinéa :

« Article 61. Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution de 1958, à l'exception du Préambule ainsi que les trois premiers articles de la Constitution. »

## 2. Clarifier l'article 11 de la constitution selon l'esprit de 1962

**E**n plaçant le peuple au cœur de la décision politique, le général de Gaulle a fait du référendum non pas un simple outil de consultation, mais l'expression directe et pleine de la souveraineté nationale.

L'article 11 de la Constitution, pourtant initialement conçu pour encadrer strictement les thématiques soumises à référendum, a donné lieu à des interprétations réductrices, suggérant que son champ d'application était limité à des réformes techniques ou sectorielles. Cette lecture étroite, inspirée par un formalisme juridique, s'est toutefois heurtée à la réalité politique inaugurée par le référendum de 1962. Ce dernier, convoqué pour instaurer l'élection présidentielle au suffrage universel, a démontré que l'article 11 ne pouvait être lu en vase clos, mais devait être interprété à la lumière de l'article 3 de la Constitution. En effet, l'article 3 consacre une vérité fondamentale, qui balaye les distinctions textuelles et les arguties juridiques : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. » Cette disposition confère au référendum une portée supérieure, en tant que manifestation ultime de la souveraineté populaire. Dans cette logique, le peuple, source première de toute légitimité politique, ne saurait être limité dans son expression par une lecture restrictive des dispositions constitutionnelles. Le référendum de 1962 illustre parfaitement cette hiérarchie normative : la pratique gaullienne a démontré que, face à la volonté souveraine du peuple, les bornes textuelles de l'article 11 s'effacent devant l'impératif supérieur de l'article 3.

Aussi, nous suggérons que l'article 11 de la constitution soit ainsi rédigé

« Article 11 . Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi **portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.** » La modification de l'article 11 de la constitution pourra prendre l'une des deux voies suivantes :

### a) Par référendum parlementaire (article 89)

L'article 89 de la constitution française, dans sa dernière version modifiée du 25 juillet 2008 dispose que : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum. Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale. »

Ce processus, rigide et exigeant, suppose donc, à la différence de la procédure ordinaire prévues pour les lois, que l'Assemblée nationale et le Sénat s'accorde parfaitement sur un texte. Dans ce cas de figure, l'Assemblée nationale n'a pas le dernier mot face au Sénat. Une fois cette étape importante validée, deux voies s'ouvrent en vue de l'adoption définitive de la modification constitutionnelle :

- Soit la soumission au référendum du texte adopté en termes identiques par les deux chambres ;
- Soit le vote du texte au Congrès, c'est-à-dire la réunion des deux chambres, à la majorité des 3/5<sup>ème</sup>. Notons toutefois que cette voie n'est ouverte que dans le cas où le projet de révision est d'initiative gouvernementale.

### b) Par référendum présidentiel (article 11)

À première lecture, l'article 11 ne permet pas d'engager une révision de la constitution : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. » Toutefois, comme évoqué précédemment, cette première lecture doit être dépassée. Une bonne lecture de cet article ne saurait se faire sans tenir compte de la pratique gaullienne de 1962.

En cette année, le Général de Gaulle, contre l'avis du Parlement, décida de réviser la Constitution pour instaurer l'élection présidentielle au suffrage universel direct en utilisant l'article 11. Le résultat du referendum fut net : la modification constitutionnelle, proposée par de Gaulle, fut adoptée par une majorité écrasante (62,25 % des suffrages exprimés). En validant la réforme, le peuple français a validé la pratique. Une affirmation contraire tendrait à signifier que toutes les élections présidentielles au suffrage universel depuis 1965 n'auraient aucune validité.

Par sa pratique répétée du scrutin présidentiel depuis 1965, validée par proclamation des résultats à chaque élection par le Conseil constitutionnel, le peuple français a validé par l'usage la modification de la constitution par référendum (article 11). Sur la base de ce précédent gaullien, et compte-tenu de l'incompétence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle (cf. supra), il nous semble possible de procéder à la révision de la constitution par voie de referendum présidentiel.







**[newdirection.online](https://www.newdirection.online) @ndconservatism**

**New Direction** is registered in Belgium as a not-for-profit organisation and is partly funded by the European Parliament.  
The European Parliament and New Direction assume no responsibility for the opinions expressed in this publication. Sole liability rests with the author.