

L'UNITE FORMELLE DE LA PRODUCTION CONSTITUTIONNELLE
Retour sur un (faux) paradoxe de la théorie constitutionnelle

Projet de communication orale

Atelier E, « Constitution, histoire et théorie du droit »

Par Raphaël Déchaux¹

La question de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles présente l'archétype même d'une dispute récurrente entre les théoriciens et les praticiens du droit français.

Les premiers, qu'ils s'appuient sur une théorie positiviste (Kelsen) ou « institutionnaliste » (Schmitt), admettent volontiers que le pouvoir de révision puisse être logiquement limité par le pouvoir constituant. Cette « intuition théorique » a été confirmée par de solides jurisprudences étrangères, qu'elles proviennent du monde germanique (Allemagne, Autriche), méditerranéen (Italie) ou d'espaces plus exotiques (Inde).

Les praticiens – et notamment les constitutionnalistes – sont généralement plus réservés face à une distinction que le Doyen Vedel estimait anti-démocratique : selon sa théorie du lit de justice, la légitimité du juge constitutionnel n'existe que parce que le « constituant » – c'est-à-dire le Parlement réuni en Congrès² – a le droit de « casser » les décisions du Conseil constitutionnel par l'adoption d'une loi constitutionnelle. C'est ce qui s'est produit avec les réformes sur le droit d'asile ou la parité.

Les opposants à la hiérarchie des normes constitutionnelles ont également à leur soutien le droit positif actuel : la décision du 26 mars 2003 du Conseil constitutionnel a fermé, sans discussion, la possibilité d'un recours contre une loi de révision issue de l'article 89³, confirmant ainsi la jurisprudence de 1962 pour celles issues de l'article 11⁴. Ils font souvent valoir en outre un argument plus théorique : celui de « la révision de la révision ». En cas d'annulation (ou de risque d'annulation) d'une loi constitutionnelle par le juge constitutionnel, le pouvoir de révision pourrait supprimer toute référence aux limites au pouvoir de révision, ce qui viendrait « neutraliser » l'effectivité de la hiérarchie des normes constitutionnelles. En d'autres termes, rien n'empêcherait

¹ Maître de conférences de droit public, membre du GERJC - Institut Louis Favoreu (CNRS UMR 7318), Université Aix Marseille.

² Pour le Doyen Vedel, la question était encore plus inimaginable en cas de référendum. Parmi ses nombreux écrits sur ce sujet, v. not. « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, pp. 173 à 180 et « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 79 à 97.

³ C.C., décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *Rec.* p. 5570.

⁴ C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, *Rec.* p. 27.

juridiquement le Congrès de supprimer l'alinéa 5 de l'article 89 pour que la France devienne une monarchie.

L'objectif de cette communication n'est pas de revenir sur ce débat éculé mais d'essayer d'identifier les difficultés, ou plutôt la difficulté principale, qui explique cette controverse. Cette difficulté, qui comprend toutes les caractéristiques d'un paradoxe logique, c'est celle de **l'unité formelle de la production constitutionnelle**. Dès lors, deux interrogations se posent : en quoi consiste ce paradoxe et comment peut-on le résoudre ?

Avant d'aller plus loin, précisons que par « production » constitutionnelle, on entend ainsi le processus formel et matériel d'édiction du droit constitutionnel. En termes kelsénien, il s'agit d'une étude de la dynamique du droit constitutionnel⁵. Le choix de cette approche originale – trop souvent la constitution reste cantonnée à une étude statique ou contentieuse – renforce l'hypothèse qui sera défendue : celle de l'existence d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles. L'enjeu de cette reconnaissance, faut-il le rappeler ?, est d'abord celui du contrôle de constitutionnalité des révisions, même s'il ne peut y être réduit. Il concerne également l'encadrement des transitions constitutionnelles, la hiérarchie originelle entre les normes constitutionnelles ou l'intégration du droit international et européen en droit interne⁶. Toutefois, seule la question théorique de la hiérarchie des normes constitutionnelles sera ici abordée. En effet, la position doctrinale dominante comme le droit positif n'est pas satisfaisante, tant d'un point de vue pratique que théorique : pourquoi les 88 premiers articles de la Constitution de 1958 seraient-ils contraignants et non le dernier ?

Partons du constat qu'il existe différentes façons de créer ou de modifier le droit constitutionnel. Il existerait alors différents moyens de production du droit constitutionnel. Or, force est de constater qu'à la pluralité des pouvoirs de production constitutionnelle répond une unité formelle de la norme constitutionnelle (I). Seule la reconnaissance d'un critère matériel permettant d'identifier le pouvoir constituant aboutira à la résolution du paradoxe de l'unité formelle (II).

I L'impasse de l'approche purement formelle de la production du droit constitutionnel

La reconnaissance d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles implique la possibilité de distinguer le pouvoir constituant du pouvoir de révision. Or, jusqu'à présent, les conditions théoriques permettant cette distinction ne sont pas réunies ou ne font pas consensus. L'étude de la doctrine constitutionnaliste montre que deux

⁵ Sur la distinction entre analyse statique et analyse dynamique du droit, v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{de} éd., Paris et Bruxelles, Bruylant et LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1999, p. 78 et sq. V. O. Jouanjan, « Présentation. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010, pp. 21 à 31.

⁶ Sur ces éléments, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse, *Les normes à constitutionnalité renforcée. Recherches sur la production du droit constitutionnel*, à paraître chez LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel ».

méthodes formelles sont utilisées par les auteurs favorables à cette hiérarchie : une première intuitive, qui justifie la hiérarchie des normes constitutionnelles par la distinction entre les objets des pouvoirs de production du droit constitutionnel (A). Une autre solution est proposée sous l'influence de la théorie pure du droit de Hans Kelsen, celle de la hiérarchisation normative (B).

A) La distinction par l'objet des pouvoirs de production constitutionnelle

La distinction et la hiérarchisation entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision reposeraient sur leurs objets respectifs : le premier est là pour *créer* la constitution, alors que le second ne peut que *modifier* la constitution déjà posée. Cette séparation entre un pouvoir *créateur* et un pouvoir *modificateur* impliquerait une hiérarchie entre les deux laquelle semble naturelle, logique, et est souvent mise en avant par les commentateurs critiques de la jurisprudence constitutionnelle de 2003⁷.

Malgré cette apparente simplicité, la production des normes constitutionnelles est plus complexe dans la pratique. *Distinguer* le pouvoir constituant du pouvoir de révision n'équivaut pas à les *délimiter*. Ainsi, la hiérarchie par l'objet soulève plus d'interrogations qu'elle n'en résout : quelle est l'étendue du pouvoir de révision ? Peut-il tout changer ? À partir de quand une modification devient-elle une nouvelle création ?

Juridiquement, cette complexité est renforcée par les tensions inhérentes au problème de *l'unité normative* de la production constitutionnelle. En effet, les pouvoirs constituant et de révision aboutissent toujours à la *même* et unique norme formelle, la constitution. Ils ne visent pas deux normes mais une seule. Là où la distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire est aisément compréhensible par la hiérarchie qu'elle induit entre la loi et le règlement, la différenciation entre le pouvoir constituant et celui de révision est donc plus abstraite.

Prenons un exemple concret : si on lit en 2014 la Constitution française, le juriste saura que des éléments de l'article 34 ont été établis en 1958, par le pouvoir constituant, et que d'autres l'ont été en 1996, en 2003, en 2005 ou en 2008, par le pouvoir de révision. Il n'empêche, si un non-spécialiste lit l'article 34 (sur le site du Conseil constitutionnel), il lui est impossible de faire la distinction entre les dispositions issues de la création de l'article 34 et celles issues de sa modification. Cette unité formelle de la production constitutionnelle est caractéristique de la quasi-totalité des États ayant une constitution écrite, à l'exception notable des États-Unis d'Amérique. Le droit français n'a pas opté pour la pratique américaine des amendements à la

⁷ V. par ex. L. Favoreu, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles, observations sous 2003-469 DC du 26 mars 2003 », *RFDA*, juillet-août 2003, pp. 794 à 795 ; T. Meindl, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP*, n° 3, 2003, pp. 741 à 765 ; E. Neframi, « Quelques réflexions sur les limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle en France », *RBDC*, 2003, n° 3, pp. 349 à 365 ; M. Verpeaux, « Commentaire de la décision 2003-469 DC », *LPA*, 19 septembre 2003, n° 188, pp. 7 à 9 ; W. Zimmer, « Note sous décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003 », *RFDC*, n° 54, 2003, pp. 383 à 389 ; O. Gohin, « La réforme constitutionnelle de la décentralisation : épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003 », *LPA*, 6 juin 2003, n° 113, pp. 7 à 11 ; C. Geslot (C.), « La loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2003, pp. 793 à 807 .

constitution qui permet de les distinguer formellement du texte originel. Il gagne alors en lisibilité ce qu'il perd en clarté.

La hiérarchisation par l'objet est ainsi à l'origine du paradoxe de l'unité formelle du droit constitutionnel. Passé cette présentation, il est difficile de ne pas en conclure que l'unité de la constitution aboutit à identifier un seul pouvoir de production, le pouvoir constituant, dont on peut distinguer la première utilisation (« originaire ») des ultérieures (« dérivées »)⁸. Quant aux limites non révisables (article 89 alinéa 5 de la constitution française ou article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande), la théorie de « la révision de la révision » neutralise aisément toute velléité de hiérarchie.

En définitive, on peut résumer le paradoxe de la sorte : la ou les normes prescrivant l'interdiction de réviser certaines dispositions de la constitution étant contenues *dans* la constitution, elles peuvent elles-mêmes être modifiées. Il s'agit de la question désignée comme « l'autoréférence » en philosophie logique et qui a été particulièrement débattue sous cet angle par la doctrine réaliste⁹. En conservant une définition purement formelle de la révolution juridique, la doctrine kelsénienne n'a pu que renforcer le paradoxe.

B) La distinction kelsénienne des pouvoirs de production constitutionnelle

Dans une démarche positiviste ou kelsénienne, la hiérarchie entre les normes et les pouvoirs qui les produisent ne peut être que formelle. L'identification du pouvoir de révision – dans les constitutions écrites – est aisée : il s'agit d'une compétence permettant la modification du texte constitutionnel et qui désigne généralement un organe chargé d'opérer la révision selon une procédure plus ou moins rigide. Parfois, la constitution prévoit même des limites à cette révision comme la forme républicaine du gouvernement en France ou la dignité de la personne humaine en Allemagne. La validité de ces normes « indérogeables » ne pose guère de difficultés pour Kelsen¹⁰.

⁸ Cette distinction entre pouvoir constituant originaire et dérivé est de Roger Bonnard. V. R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP*, 1942, pp. 317 à 374.

⁹ A. Ross, « On self-reference and a puzzle in constitutional law », *Mind*, 1969, n° 78, pp. 1 à 24, traduction in *Introduction à l'empirisme*, Paris et Bruxelles, Bruylant et LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 2004, pp. 205 à 226. V. eg. P. Suber, *The paradox of Self-Amendment, a Study of Logic, Law, Omnipotence, and Changes*, New-York, Peter Lang Publishing, 1990, 500 p. Cet ouvrage est disponible en libre accès sur le site du Professeur Suber : <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/>.

¹⁰ « [...] certaines constitutions historiques déclarent non-amendables certaines de leurs dispositions ou la totalité d'entre elles pendant une période donnée. [...] Dans ces cas particuliers, il est juridiquement impossible d'amender telle disposition ou l'intégralité de la constitution au moyen d'un acte législatif pendant le laps de temps prévu. Si nous considérons que la norme de la constitution prévoyant une procédure de révision plus complexe oblige l'organe législatif, une norme qui exclurait toute possibilité d'amendement doit elle aussi être tenue pour valide. D'un point de vue juridique, rien ne nous fonde à interpréter diversement ces deux normes et à déclarer, à l'instar de quelques auteurs, qu'une disposition interdisant toute possibilité d'amendement n'est pas valide en raison de sa nature même », H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), Bruxelles, Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1997, pp. 308 à 309. V. eg. *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1996, pp. 143 à 144

En revanche, le juriste viennois peine à clarifier sa théorie du pouvoir constituant¹¹. Pouvoir sans limites ? Pouvoir souverain ? Les positivistes, et particulièrement Kelsen, récusent souvent la souveraineté à cause de son caractère polysémique et son sens plus politique que juridique¹². La définition la plus viable serait donc qu'il s'agit d'un pouvoir suprême et révolutionnaire. Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Pour le Professeur Pfersmann, par exemple, « lorsque l'on change de constitution, l'on substitue un ordre juridique à un autre. Il y a "révolution" au sens juridique du terme, lorsque la production du droit subséquente n'est pas explicable à partir des données du système précédent »¹³.

Cette définition formaliste du pouvoir constituant se rapproche de celle de Carré de Malberg pour qui, lors d'une révolution, « ce qu'il y a de certain, c'est que la Constitution nouvelle ne sera point confectionnée selon la procédure, le mode constituant et les formes, qui avaient été prévus et prescrits par sa devancière. Celle-ci ayant été radicalement détruite par l'effet même du coup d'État ou de la révolution, il ne reste plus rien d'elle »¹⁴. De façon plus précise, Kelsen identifie une révolution juridique comme le produit d'une modification qui conduit à un changement des conditions constitutionnelles de production des normes inférieures, auparavant déterminées par la constitution antérieure¹⁵. Provoquer une révolution juridique est certainement la première caractéristique du pouvoir constituant, car « la révolution se manifeste par l'exercice par le détenteur du pouvoir constituant de son pouvoir contre les organes institués, les corps constitués, avec l'intention de les renverser »¹⁶. En d'autres termes, on peut identifier la révolution juridique comme *l'évènement qui produit une discontinuité du système constitutionnel étatique*. Cette nature révolutionnaire du pouvoir constituant n'est à peu près jamais contestée par la doctrine¹⁷.

Si le critère du pouvoir constituant est la discontinuité révolutionnaire, il reste à déterminer la nature de cette dernière. Suivant Kelsen, une partie de la doctrine estime que cette discontinuité s'apparente à une invalidité formelle. Cette définition de la

¹¹ C'est sans doute paradoxal au su de la postérité de Kelsen, mais ce dernier – notamment dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* – n'a pas vraiment systématisé sa pensée sur le pouvoir constituant. Serait-ce révélateur d'un malaise dans sa théorie ? Il ne faut pas oublier que Kelsen est avant tout un théoricien avant d'être un constitutionnaliste et que la *Théorie pure du droit* n'est pas une théorie pure de la constitution.

¹² On renvoie sur ce point à notre article « Le pouvoir constituant international. Du discours politique à la proposition juridique », à paraître in *Les cahiers de l'ILF*, n° 3, 2014.

¹³ O. Pfersmann, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, p. 356 ; v. eg. du même auteur, « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limite », in *La révision de la constitution, Journée d'étude du 20 mars 1992*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1993, p. 14.

¹⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920 et 1922), reprint en un volume, Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, t. II, p. 497.

¹⁵ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 209 : « La révolution [...] est toute modification de la Constitution ou tout changement ou substitution de Constitution qui ne sont pas légitimes, c'est-à-dire qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur ».

¹⁶ F. Poirat, « Révolution », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1364.

¹⁷ « [L']expression [du pouvoir constituant] la plus caractéristique est contenue dans l'acte révolutionnaire », D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. « Droit Public Positif », 1996, p. 51. La discontinuité comme caractéristique du pouvoir constituant est également présente dans la doctrine allemande : T. Würtenberger, « L'article 146 nouvelle version de la Loi fondamentale : continuité ou discontinuité du droit constitutionnel ? », *RFDC*, n° 8, 1991, p. 601.

révolution pose cependant problème. À sa seule lumière, il est en effet parfois difficile de *faire la différence entre une révolution constitutionnelle et une révision dont la validité formelle serait contestable*. Le Professeur Pfersmann identifie ainsi l'existence d'une révolution juridique : « Si un acte à prétention formellement constitutionnelle n'est pas valide selon les critères du système, mais néanmoins appliqué et considéré comme valide dans les faits par les acteurs, il y a par hypothèse "révolution", c'est-à-dire changement de système, rupture de continuité »¹⁸. Ce raisonnement se retrouve chez la majorité des auteurs positivistes, par exemple en des termes à peu près identiques pour le Professeur Magnon¹⁹, le Professeur Cartier²⁰ ou le Professeur de Béchillon²¹.

En analysant le phénomène révolutionnaire selon un critère uniquement formel, la doctrine « normativiste » contemporaine ne peut qu'échouer dans sa tentative d'identification de la révolution juridique. Est-il certain qu'une révision dont la validité est contestable conduise toujours à une discontinuité par rapport à l'ancien système constitutionnel ? On peut en douter, notamment si l'invalidité de l'acte s'explique par des raisons purement procédurales. Prenons l'exemple d'un système où la constitution prévoit qu'une révision n'est valide que si elle est adoptée par un vote à la majorité des deux tiers. Imaginons ensuite qu'une loi constitutionnelle soit adoptée par un vote à la majorité des trois cinquièmes seulement : serait-on face à une révolution juridique ? Et si, suite à une mauvaise interprétation de l'article 39 alinéa 2, un projet de révision portant sur la suppression des départements aille devant le Congrès et que le bureau du Sénat soit saisi à la place du bureau de l'Assemblée. Serions-nous face à un changement de régime parce que l'article 89 alinéa 3 n'aurait pas été respecté ?

Le formalisme kelsénien apparaît ici irréaliste. Il est donc nécessaire de distinguer le cas d'une modification constitutionnelle (appliquée et effective) dont la validité est critiquable du cas d'une révolution. En d'autres termes, *une révision illicite ne constitue pas toujours un acte révolutionnaire constituant*. Sans rentrer dans le débat sur le sens de l'expression « forme républicaine du gouvernement »²², on peut conclure que la nature constituante ou « révisionnelle » d'une loi constitutionnelle n'est pas

¹⁸ O. Pfersmann, « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », *op. cit.*, p. 362.

¹⁹ « [...] une loi de révision formellement rattachable à la Constitution en vigueur, c'est-à-dire adoptée conformément à la procédure de production prévue, mais qui [méconnaît] d'autres règles instituées par la Constitution, se pose en une véritable révolution juridique. La loi de révision "inconstitutionnelle" s'apparente à une révolution juridique », X. Magnon, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, 2004, n° 59, p. 609.

²⁰ E. Cartier, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n° 71, 2007, p. 518 à 520

²¹ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 262. Pour le Professeur Magnon également, « Le non-respect des règles de forme s'analyse en une révolution [...], *ibid.*, p. 607. V. eg. O. Jouanjan, « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? », in B. Mathieu et M. Verpeaux, *La République en droit français*, Paris, Economica, coll. « Droit Public Positif », 1996, p. 282.

²² La doctrine distingue généralement deux sens possibles : un restrictif et historique ou « génétique » qui interdirait de remplacer le chef de l'État par un monarque héréditaire. Un second sens large et matériel inclurait les « valeurs républicaines » comme la laïcité, l'unicité de l'État (voire la protection des droits de l'homme). Cette distinction remonte à Hauriou cf *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1929, p. 343. Pour la doctrine contemporaine, v. par ex., L. Favoreu, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles, observations sous 2003-469 DC du 26 mars 2003 », *op. cit.*, p. 795 ; M. Verpeaux, « La République, la Constitution et le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 131 ; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 482.

déterminable par des critères uniquement formels. Tout dépend en fait de l'influence de cet acte sur le reste du système constitutionnel et donc du *contenu substantiel* de la modification²³. Si l'on prend l'exemple français de la révision de 1962, qui correspond bien aux deux hypothèses énoncées ci-dessus (illicéité procédurale), force est de constater qu'elle n'a pas produit une révolution : la domination du président de la République sur l'équilibre institutionnel n'a été que renforcée par la réforme de son mode d'élection mais elle n'a pas été instaurée par cette dernière²⁴.

II La reconnaissance de la nature matérielle du pouvoir constituant

Le paradoxe de l'unité formelle n'a pas comme origine la nature du droit constitutionnel mais bien le formalisme de la science juridique. Les deux méthodes étudiées en première partie pour distinguer le pouvoir constituant du pouvoir de révision confortent le paradoxe plus qu'elles ne permettent de le résoudre. Cela ne signifie pas pour autant que cette distinction soit impossible. Comme tous les paradoxes, il peut être résolu par un élément extérieur à son énoncé²⁵ : la différence de nature entre les pouvoirs constitutionnels.

Le pouvoir de révision est irrémédiablement un pouvoir formel, prévu en droit français par l'article 89 de la Constitution (on fait exception ici de certains moyens alternatifs de révision)²⁶. En revanche, le pouvoir constituant est-il un pouvoir formel, c'est-à-dire un pouvoir prévu par une norme juridique supérieure ? Sauf à retomber dans le jusnaturalisme et la « supraconstitutionnalité » la réponse ne peut être que négative : il ne peut y avoir de pouvoir supérieur qui encadrerait le pouvoir suprême. Le pouvoir constituant est donc « non formel » ou « a-formel », ainsi que l'avait déjà démontré Sieyès :

« de quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême. [...] Répétons-le : une nation est indépendante de toute forme ; et de quelque manière qu'elle veuille,

²³ « En raison de la définition adoptée, si une modification constitutionnelle, mineure du point de vue matériel, accomplie en violation des dispositions formelles sur la révision, est une "révolution", en revanche, un bouleversement du système constitutionnel effectué dans les formes légales n'est plus une révolution », O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 370.

²⁴ *Contra*, O. Pfersmann, « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale... », *op. cit.*, p. 9 ; X. Magnon, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle ... », *op. cit.*, pp. 610 à 611.

²⁵ L'énoncé « tout ce que je dis est faux » ou « je mens toujours » aboutit à une absurdité logique sauf si l'on admet qu'une proposition extérieure à cet énoncé est implicite : « je mens toujours sauf lorsque je l'affirme ».

²⁶ Rappelons que les « conventions de la constitution » ne sont que des pratiques *politiques* – elles ne sont pas valides juridiquement –, qui permettent de combler une lacune du texte constitutionnel. Elles ne peuvent donc pas être contraires à la constitution, cf. P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, pp. 123 à 154. Quant aux coutumes constitutionnelles, qui pourraient modifier le droit constitutionnel, la doctrine s'accorde pour estimer qu'elles n'existent pas dans un système de droit écrit et rigide comme la V^{ème} République. V. par ex. S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *Revue administrative*, 1979, p. 270. Seul le pouvoir normatif du juge pourrait conduire à une révision non formelle de la Constitution de 1958.

il suffit que sa volonté paraisse, pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif »²⁷.

Cette nature « a-formelle » du pouvoir constituant se confond avec sa nature de pouvoir suprême – souverain – : le pouvoir constituant peut faire ce qu'il veut, créer une démocratie, un empire, un Parlement bi ou quadri-caméral, *etc.* En conséquence, si le pouvoir constituant est « a-formel », il est possible qu'il s'agisse d'un pouvoir matériel²⁸. Tout le débat porte donc sur *la nature* de ce critère matériel. C'est d'abord Carl Schmitt qui a développé une théorie matérielle du pouvoir constituant et de la constitution (A). On proposera une approche plus objective, fondée sur la notion de discontinuité révolutionnaire du domaine constitutionnel (B).

A) La décision politique fondamentale comme critère idéologique d'identification du pouvoir constituant

La première tentative de définition matérielle du pouvoir constituant a été effectuée par Schmitt dans sa *Théorie de la Constitution* (1928). Pour ce dernier, la constitution représente plus que la norme première de la hiérarchie, il s'agit du mode d'existence concret de l'État : « L'État est constitution »²⁹. Elle permet la concrétisation d'une notion fondamentale de la pensée schmittienne, *l'unité politique du peuple*, qui est la condition de réalisation de sa philosophie politique de l'ennemi ou de l'inimitié³⁰. Dès lors, la norme constitutionnelle a pour fonction la construction de cette unité, de cette identité politique (c'est là sa nature « existentielle »). Ce concept d'unité politique – « d'identité constitutionnelle » sur le plan juridique³¹ – est extrêmement important pour Schmitt qui le conçoit en opposition au pluralisme dans toutes ses formes (philosophique, politique, juridique, économique, *etc.*)³². Il révèle ainsi son opposition à toute incarnation du libéralisme, qui n'est pas seulement une doctrine politique qu'il juge mauvaise ou fautive, mais qui constitue, selon lui, une idéologie destructrice de la politique même : « Le libéralisme du siècle dernier a singulièrement et systématiquement déformé et dénaturé l'ensemble des notions politiques »³³.

²⁷ E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?* (1788), Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1982, pp. 69 à 70.

²⁸ On écarte, faute de place, l'autre possibilité qui est celle de la nature non-juridique du pouvoir constituant. Ce serait un pouvoir de fait et non un pouvoir de droit, et donc un pouvoir ni formel, ni matériel. C'est la position de Carré de Malberg, qui souffre d'une faiblesse difficilement surmontable : si le pouvoir constituant n'est pas juridique, comment expliquer que la constitution le soit ?

²⁹ C. Schmitt, *Théorie de la constitution* (1928), Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1993, p. 132. L'État n'est cependant pas confondu avec le droit, à la différence de chez Kelsen, mais il a une existence indépendante, il est l'un des *moyens* de l'action politique, au même titre que la constitution. L'État forme une « unité idéale » aux yeux de Schmitt (p. 131).

³⁰ C. Schmitt, *La notion de politique, Théorie du partisan*, (1962), Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1992, pp. 63 à 66. Cf. L. Jaume, « Carl Schmitt, la politique de l'inimitié », *Historia Constitucional (revisita electronica)*, n° 5, 2004, pp. 171 à 192.

³¹ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution, op. cit.*, p. 342.

³² V. not. le chapitre. IV, « L'État, forme de l'unité politique, remis en question par le pluralisme », in *La notion de politique...*, *op. cit.*, pp. 75 à 84.

³³ *Ibid.*, p. 114. Dans *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin, Duncker et Humblot, 1996, il ira jusqu'à affirmer que le pluralisme est « anticonstitutionnel » (p. 131) et que la garantie juridictionnelle de la Constitution implique « la disparition du concept d'État » (p. 67).

En cohérence avec sa philosophie « décisionniste »³⁴, cette signification particulière de la constitution ne peut être établie que par une volonté particulière, la volonté constituante, qui fonde politiquement le pouvoir constituant³⁵. La validité de la constitution est donc liée à cette volonté spécifique de l'auteur du pouvoir constituant³⁶ : « Avant toute normation, on rencontre la *décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant*, c'est-à-dire du peuple dans la démocratie, du monarque dans la vraie monarchie »³⁷. Cette décision est réalisée à chaque utilisation du pouvoir constituant et elle est (prétendument) variable : elle peut mettre en place un régime autoritaire, une démocratie parlementaire comme un État de droit constitutionnel, même si, pour Schmitt, elle sert surtout à formaliser la désignation de l'ennemi (qui préexiste à sa juridicisation)³⁸.

Pour renforcer la suprématie du pouvoir constituant, Schmitt opère alors une distinction entre la constitution (*Verfassung*) et les lois constitutionnelles (*Verfassungsgesetz*)³⁹. De cette division découle plus concrètement la distinction entre les constitutions matérielle et formelle et, surtout, la supériorité de la première sur la seconde :

« Même si [une constitution formelle] est fixée par une assemblée constituante convoquée précisément dans ce but, l'unité des dispositions qu'elle contient ne réside pas dans la cohésion donnée par leur contenu, leur systématisme et leur normativité, mais en dehors de ces normes dans une volonté politique qui seule transforme toutes ces normes en lois constitutionnelles et d'elle-même crée leur unité parce qu'elle est leur fondement unitaire »⁴⁰.

La constitution matérielle est celle qui contient la décision politique fondamentale et qui réalise la finalité d'unité politique de l'État. Elle pose « l'identité constitutionnelle » nationale, que Schmitt désigne parfois comme le noyau (*Kern*) constitutionnel, et est édictée par le pouvoir constituant (il la qualifie également de « constitution positive »)⁴¹. La constitution formelle contient seulement les moyens et le cadre technique, en fait purement circonstanciel, de l'acte juridique « constitution » : ce sont les dispositions juridiques soustraites « aux changements de majorité parlementaire ». Elle peut être historiquement créée par le pouvoir constituant, mais c'est le pouvoir de révision constitutionnelle qui opère sa modification. La constitution matérielle n'est donc pas forcément la constitution originaire.

³⁴ O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface in C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, pp. 49 à 58.

³⁵ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 212, l'auteur souligne.

³⁶ *Ibid.*, pp. 152 à 153, l'auteur souligne.

³⁷ *Ibid.*, p. 154, l'auteur souligne.

³⁸ Cette fonction « existentielle » (au sens schmittien) de la constitution apparaît surtout dans *La notion de politique* au chapitre V : « La décision de guerre et la désignation de l'ennemi » (*op. cit.*, pp. 84 à 95). La *Théorie de la Constitution* se veut plus « neutre » sur un plan politique. Ainsi que l'explique le Professeur Jaume, « L'État a tout intérêt à se désigner un ennemi. Et tel est bien le *sens* de la « décision » selon Schmitt : faire en sorte que l'on ait un ennemi, c'est se rendre sûr d'être un État », « Carl Schmitt, la politique de l'inimitié », *op. cit.*, p. 267, l'auteur souligne.

³⁹ C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 145, l'auteur souligne.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 150 à 166. Schmitt utilise parfois le concept de décision politique « positive » ou « concrète » pour la décrire. La constitution formelle (la législation constitutionnelle) n'est cependant pas qualifiée de constitution négative, mais de constitution *relative*.

Schmitt distingue formellement deux pouvoirs : le pouvoir constituant, qui met en place la constitution positive, et le pouvoir de « législation constitutionnelle », qui peut prendre la forme du pouvoir de création de la constitution formelle ou de sa révision. Ce point de terminologie est cependant obscur chez Schmitt qui utilise tantôt le terme de « législation constitutionnelle » (ou « légi-constitutionnel »), tantôt celui de « révision constitutionnelle », pour désigner la modification de la constitution formelle. En revanche, il est très clair que *la suprématie de la constitution matérielle sur la constitution formelle induit une hiérarchisation du pouvoir constituant sur le pouvoir de révision*.

Le juriste de Plettenberg est le premier à établir une distinction stricte et matérielle entre ces deux pouvoirs. En conséquence, peu importe que la constitution matérielle n'apparaisse pas formellement dans la constitution posée, elle est supérieure à toutes les autres normes juridiques, dont les lois constitutionnelles, et elle ne peut pas être modifiée par le pouvoir de révision. Ce dernier n'ayant pas la même valeur que le pouvoir constituant, il doit respecter *l'identité et la continuité de la constitution*⁴². Dès lors, toutes les dispositions de la constitution formelle ne sont pas situées au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, mais uniquement celles identifiées comme matérielles. Ainsi, le paradoxe de l'unité formelle de la production constitutionnelle est neutralisé par cette distinction matérielle entre les normes posées par le pouvoir constituant et celles posées par le pouvoir légi-constitutionnel ou le pouvoir de révision.

Néanmoins, une fois admise l'idée de constitution matérielle, se pose la question de son identification. Est-ce que les critères posés par Schmitt sont suffisamment objectifs pour être utilisés par la science juridique ? La réponse nous paraît négative car sa théorie de la constitution matérielle n'est pas fondée sur des faits juridiques mais sur une idéologie. Malgré des apparences relativistes – que l'on ne retrouve que dans la *Théorie de la Constitution* et non dans *La notion de politique*⁴³ –, la décision politique fondamentale est inaltérable chez Schmitt qui la conçoit comme une vérité philosophique. Sa doctrine est anti-volontariste et n'est donc qu'une forme (élaborée) de jusnaturalisme. La lumière se fait dès que Schmitt passe de la théorie à la pratique. La supériorité du pouvoir constituant sur le pouvoir de révision n'est alors qu'un argument qui lui permet de légitimer l'infériorité des valeurs contenues par la Constitution de Weimar (et notamment l'État de droit « bourgeois »). La décision politique fondamentale de 1919 aurait instauré un régime présidentiel permettant la dictature du Président pour protéger l'unité du peuple – et du territoire – allemand⁴⁴ ; elle permettrait de justifier également l'inconstitutionnalité du traité de Versailles⁴⁵.

Souligner ainsi le subjectivisme de la pensée schmittienne n'est pas un anathème que lancerait une doctrine positiviste renfermée sur sa théorie pure, et dont le

⁴² *Ibid.*, p. 241. La « continuité de la Constitution » étant interprétée comme la continuité de l'État, du peuple (et de la culture) national(e).

⁴³ Marginalisé au début de sa carrière, Schmitt rédige son traité de droit constitutionnel tardivement pour obtenir une consécration universitaire, cf. O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, pp. 14 à 24. « Pour ne pas choquer ses pairs, l'auteur fait désormais davantage preuve de modération que par le passé dans son analyse du droit positif et dans les jugements qu'il porte sur les régimes politiques et sur le régime de Weimar » (pp. 20 à 21).

⁴⁴ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁵ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 206.

Professeur Beaud se demande si « elle est encore en mesure de comprendre ce genre de réflexion »⁴⁶. En réalité, c'est exactement l'objectif de Schmitt que de produire une théorie politique et non strictement juridique. Son projet est celui de « la réductibilité » du droit à la politique⁴⁷. Dès l'introduction de sa *Théorie de la Constitution*, l'auteur dévoile le but de son ouvrage : contrer les conceptions juridiques, formelles et objectives du droit, alors en plein essor⁴⁸. Interprétée strictement, la doctrine schmittienne n'est pas *a*-juridique mais *anti*-juridique.

Bien sûr, on peut s'interroger : cette théorie est-elle contestable par l'utilisation qu'en a faite Schmitt ou pourrait-elle être mise au service de l'État de droit libéral contemporain⁴⁹ ? Assurément, c'est la seconde voie qui a été choisie par une partie de la doctrine « institutionnaliste »⁵⁰ française, et notamment le Professeur Beaud⁵¹, jusqu'à ce que les travaux du Professeur Zarka aident à la prise de conscience de la nature profondément totalitaire de la pensée du juriste de Plettenberg⁵².

B) Le domaine constitutionnel comme critère objectif d'identification du pouvoir constituant

Une nouvelle hypothèse qui évite les écueils des pensées kelsénienne et schmittienne est donc nécessaire. L'objectif est ici d'utiliser un critère matériel d'identification de la *révolution* et non de la *constitution*. Plus précisément, il s'agit d'établir un critère matériel de la discontinuité constituante. La notion de *domaine matériel de la constitution* pourrait être utilisée.

Le domaine constitutionnel est une notion objective qui permet habituellement de classer les diverses normes constitutionnelles en fonction de leur contenu dans quatre catégories : *la forme de l'État* (fédérale ou unitaire), *les règles relatives à la production des normes* (législatives, réglementaires, etc.), *l'organisation des institutions* (nature du régime

⁴⁶ O. Beaud, entrée « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 259.

⁴⁷ S. Rials, « Hobbes en chemise brune : sur un livre de Schmitt et le problème Schmitt », *Droits*, n° 38, 2003, p. 233.

⁴⁸ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 125.

⁴⁹ Une partie de la doctrine distingue ainsi entre le « Schmitt d'avant 1933 » et le « Schmitt d'après 1933 », cf. A. Le Divellec, « Le gardien de la constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse », in O. Beaud et P. Pasquino, *La controverse sur « le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2007, p. 34, note 3.

⁵⁰ C'est ainsi que les partisans de Schmitt se désignent, revendiquant un lien avec la pensée du Doyen Hauriou. Cf. O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », op. cit., pp. 259 à 265, not. p. 262.

⁵¹ O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », op. cit., pp. 32 à 41.

⁵² *Un détail nazi dans la pensée de Carl Schmitt*, Paris, PUF, 2005, 95 p. ; du même, « Carl Schmitt ou la triple trahison de Hobbes. Une histoire nazie de la philosophie politique ? », *Droits* n° 45, 2007, pp. 177 à 190. La nature profondément totalitaire de la pensée schmittienne avait été relevée auparavant par le Professeur Jouanjan dans son article « Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine juridique allemande du Troisième Reich », in D. Gros, *Le droit antisémite sous Vichy. Le genre humain*, Paris, Seuil, 1996, pp. 463 à 496. V. eg. le dossier spécial de la revue *Droits* de 2004, n° 40, « Contre Schmitt ? », pp. 163 à 217, not. S. Rials, « Le chrétien Schmitt et le juif Jésus », pp. 163 à 172 et O. Jouanjan « "Pensée de l'ordre concret" et ordre du discours "juridique" nazi : sur Carl Schmitt », in Y. C. Zarka (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, op. cit., pp. 71 à 119.

et des relations entre les pouvoirs) et *la garantie des droits individuels* (droits fondamentaux, justice constitutionnelle)⁵³. Cette définition est doctrinale et n'est pas consacrée en droit positif. Mais, indépendamment de ses vertus pédagogiques, elle constitue un instrument théorique qui pourrait permettre de saisir le phénomène révolutionnaire. On notera qu'elle n'a quasiment pas changé depuis Esmein⁵⁴ – voire Sieyès⁵⁵ – jusqu'à la définition donnée par le Doyen Favoreu⁵⁶. Seul Kelsen s'en écarte : il ne reprend que la deuxième catégorie citée ci-dessus⁵⁷.

Suivant le système constitutionnel étudié, chacune des quatre catégories du domaine matériel peut être résumée et identifiée en un ou plusieurs principes, qui peuvent être formalisés ou non. On appelle ces principes des « éléments clés » du domaine matériel constitutionnel. L'idée, c'est que si chaque réforme modifie un (ou plusieurs) élément(s) du domaine constitutionnel, seul le pouvoir constituant peut changer un de ses éléments clés. Le critère déterminant pour identifier une révolution juridique porte donc sur les effets de la modification. Autrement dit, pour savoir si l'on est face à une révision ou à un acte constituant, l'existence d'une rupture matérielle d'un des éléments clés du domaine constitutionnel est déterminante.

Prenons un exemple : soit dans un système donné un domaine matériel de conditions de production normative dont l'élément clé serait le principe monarchique. Le passage de cette production législative résultant uniquement du Roi à une production législative résultant uniquement d'un Parlement constituerait une rupture du domaine matériel du système constitutionnel, même si le monarque restait le chef de l'État. Entre le premier système et le second, la continuité est rompue, le pouvoir qui produit ce changement est donc révolutionnaire, et donc constituant. En revanche, une modification qui prescrirait que la loi, avant d'être adoptée par le Roi, doit recueillir l'avis d'un organe constitué ou de représentants d'une assemblée, ne constituerait pas une révolution. Malgré l'évolution, on serait toujours dans la continuité du système précédent⁵⁸. Autre exemple : l'ajout d'une déclaration de droits dans un système où il n'en existait pas constituerait une discontinuité matérielle puisqu'elle rajouterait une nouvelle catégorie de normes de référence aux conditions de production normative⁵⁹.

Malgré la simplicité de ces exemples, la concrétisation de notre hypothèse reste parfois difficile : il est plus prudent, lorsque l'on veut déterminer si une modification

⁵³ La garantie des droits dans un État constitutionnel moderne prend comme forme la consécration et la juridictionnalisation des droits supralégislatifs, c'est-à-dire fondamentaux. Elle peut cependant exister à un niveau inférieur dans la hiérarchie des normes, c'est le *principe* de la liberté politique qui est ici en jeu et non pas sa forme contemporaine.

⁵⁴ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français*, (1914), reprint en un volume, Paris, LGDJ, Ed. Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 579.

⁵⁵ E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁶ L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, pp. 71 à 89.

⁵⁷ Pour Kelsen, la définition matérielle de la constitution réside uniquement dans « la norme positive ou les normes positives qui règlent la création des normes juridiques générales », *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 224.

⁵⁸ Si l'évolution avait dévolu le pouvoir législatif au Parlement *et* au Roi (colégislation), il y aurait eu ici rupture.

⁵⁹ On songe à la Constitution française de la IV^{ème} République comme à la révision de 1982 au Canada qui a consacré la Charte canadienne des droits et libertés (même si le reste de cette importante révision permettait à elle seule de produire une révolution constituante).

entraîne rupture ou continuité du domaine matériel, de ne se prononcer qu'au cas par cas. En définitive, cette définition du domaine matériel ne s'écarte que très légèrement de la définition kelsénienne de la révolution : elle permet juste de préciser et de différencier l'origine de la révolution juridique suivant le classement matériel de la modification.

On pourrait reprocher à notre théorie que la notion d'éléments clés du domaine constitutionnel soit tout aussi subjective que celle de « l'identité constitutionnelle » schmittienne. Kelsen parle d'ailleurs à ce propos non de domaine mais de « définition matérielle de la constitution »⁶⁰. Si conceptuellement notre hypothèse apparaît bien distincte de celle du juriste de Plettenberg, n'est-elle pas fonctionnellement identique ? Elle permet, il est vrai, d'identifier les contours juridiques de la mise en œuvre du pouvoir constituant, tout comme la décision politique fondamentale chez Schmitt. Cependant, la fonction des éléments clés du domaine constitutionnel est de déterminer *quand* une révolution peut se produire, alors que la fonction de l'identité constitutionnelle est de déterminer *quelle* est la substantielle nature d'un acte constituant. Dès lors, la première est *descriptive* tandis que la seconde est *prescriptive*.

Cette nuance n'est pas abstraite ou esthétique. La doctrine schmittienne considère que l'identité constitutionnelle d'un État serait une *prescription juridique*, de l'ordre du *sollen*, qui découlerait de la décision politique fondamentale, et que devraient respecter les pouvoirs constitués (notamment le pouvoir de révision). Notre hypothèse est un mécanisme doctrinal d'analyse du droit positif (sans incidence sur celui-ci), qui ne prétend en rien conditionner la validité juridique du pouvoir constituant. Autrement dit, l'existence des éléments clés du domaine constitutionnel est un simple fait, de l'ordre du *sein*, qui, lorsqu'il disparaît ou est changé, prouve la réalisation d'une révolution juridique et donc du pouvoir constituant. Cette hypothèse est conceptuellement et fonctionnellement distincte de l'approche schmittienne.

De surcroît, la théorie des éléments clés du domaine constitutionnel n'est pas essentialiste comme la décision politique fondamentale de l'État. On constate dans les faits une *relativité* de ses contenus, qui varient selon les constitutions, les époques et les cultures juridiques nationales. Pour prendre un exemple classique, dans nombre de pays le mode de scrutin est constitutionnel, voire protégé contre le pouvoir de révision⁶¹, alors qu'en France, il est traditionnellement inscrit dans une norme infraconstitutionnelle (loi simple)⁶². De même, notre État n'a connu de garantie des droits dans son domaine constitutionnel qu'irrégulièrement. Pendant près de cent ans, de la Constitution de la II^{de} à celle de la IV^{ème} République, l'un des quatre domaines traditionnels manquait donc⁶³. On ne peut cependant en déduire que ce domaine soit moins important que les autres, car il est bien connu que cette situation était alors regrettée par la doctrine⁶⁴. Cet exemple montre la relativité de l'existence des domaines

⁶⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 224.

⁶¹ Article 288 h) de la Constitution Portugaise. Il s'agit de la représentation proportionnelle.

⁶² Art. L 123 du Code électoral.

⁶³ Elle était également absente lors du premier Empire.

⁶⁴ V. par. ex. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français*, *op. cit.*, pp. 561 à 564 ; J. Barthélemy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel* (1933), 2^{de} édition, Paris, LGDJ, ed. Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », pp. 39 à 40. V. eg. E. Boutmy, « La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales*

constitutionnels matériels et le fait qu'ils ne soient pas des éléments intrinsèques de la définition juridique de la constitution. Pour Schmitt, en revanche, l'unité du peuple allemand ne pouvait être altérée par la Constitution de Weimar : la disparition des territoires de l'est (Sudètes, Danzig, etc.) qui était acceptée par le texte de 1919 était donc contraire au pouvoir constituant allemand.

des sciences politiques, t. XVII, 1902, pp. 415 à 443 ; G. Morange, « Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des Droits », *RDP*, 1945, pp. 229 à 250.