

La question de la majorité dans un système fédéral : le cas particulier du pouvoir constituant et de la révision du pacte fédératif

Olivier Beaud

Professeur de droit public

à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Dans cette conférence, nous voudrions examiner l'hypothèse selon laquelle le problème de la majorité se pose de façon différente, en partie au moins, selon qu'on est en présence d'une Fédération ou d'un Etat. Cette hypothèse d'une *relative* singularité du cas fédéral s'inscrit dans le droit fil de la thèse plus générale émise dans un ouvrage récent où nous avons tenté de montrer l'autonomie de la notion de Fédération par rapport à celle d'Etat et, en outre, la spécificité du droit public fédératif par rapport au droit public étatique¹.

Pourtant, on ne saurait prétendre que le cadre fédéral imposerait un renversement complet de la façon d'aborder le problème de la majorité. Il existe bien un cadre homogène à la Fédération et à l'Etat car il y a un « droit de la majorité » ou un « régime majoritaire »² commun à *toutes* les entités politiques. En effet, le problème politico-juridique posé par la décision majoritaire s'y pose, le plus souvent, dans les mêmes termes : comment et pourquoi la décision prise par une majorité vaut-elle comme la décision de tous ? Plus exactement, pourquoi, en dernier ressort, la minorité qui a voté contre la décision majoritaire est-elle tenue, néanmoins, de s'y soumettre ? On sait qu'une telle question se décline sous deux formes, selon qu'on prenne la majorité comme une « technique » de prise de décision ou bien comme un « principe » qui serait un principe de légitimité³.

¹ *Théorie de la Fédération*, (2007), Paris, PUF, 2^{ème} édition, 2008.

² L'expression, très judicieuse, est de L. Konopczynski, *Le Liberum Veto. Etude sur le développement du principe majoritaire*, trad .fr. Paris, Librairie Champion, 1930, p. 4. Malgré son titre trompeur, car réducteur au cas de la Pologne, cet ouvrage reste la meilleure étude sur la genèse du principe majoritaire dans les démocraties occidentales

³ C'est l'intérêt du petit livre de Claude Leclercq de signaler la dualité du mot de majorité dans la littérature politico-juridique, *Le principe de la majorité*, Paris, A. Colin, 1971.

Comme *technique de décision*, la question majoritaire intéresse beaucoup les juristes car elle fait partie des questions centrales du droit des personnes morales, du droit corporatif⁴. Elle concerne autant le droit privé (droit des associations, des sociétés anonymes) que le droit public, interne ou international, comme le prouve l'importance de la réflexion sur le rôle de la majorité dans les organisations internationales⁵. Comme principe, la majorité intéresse davantage la philosophie politique qui étudie sa justification : pourquoi la minorité est-elle tenue d'obéir à un vote majoritaire alors que la démocratie moderne repose sur le fondement du consentement des intéressés à la décision⁶ ?

Dans le programme de ce colloque sur « *les majorités* », la question de la majorité dans un cadre fédéral est plutôt envisagée sous l'angle de la technique de décision car sa spécificité procéderait de l'exigence d'une « double majorité ». Un tel constat n'est pas contestable, comme nous le verrons plus loin à propos de la révision de la constitution fédérale (v. *infra*, II). Toutefois, quel que soit son intérêt, l'analyse de la majorité comme technique de décision ignore ici le fait que, dans une Fédération, l'acceptation de la décision majoritaire est loin d'être évidente, à l'inverse de ce qui se passe dans un Etat. Cela tient à la nature politique particulière de la Fédération. La structure politique d'une Fédération est triangulaire : fédération, Etats-membres et individus, et dans ce triangle, le pivot en est l'Etat-membre. Donc, quand on évoque l'application de la règle de majorité dans une Fédération, l'unité concernée par cette règle est non pas l'individu, mais l'Etat-membre, dont on verra qu'il est soit Etat « fédérant » (il co-constitue la Fédération) ou l'Etat fédéré (il est Etat-membre d'une Fédération existante).

Mais surtout il découle de la genèse conventionnelle et des fins de la Fédération, que l'unanimité doit gouverner aussi bien sa fondation que son fonctionnement⁷. Chaque Etat monade, qui devient un Etat-membre, exprime d'abord sa *souveraineté* en « fondant » une Fédération – c'est-à-dire en la « co-fondant » - et entend, après la formation fédérale, la

⁴ L'auteur de référence reste ici l'historien du droit allemand, Otto Gierke, « über die Geschichte des Majoritätsprinzips », in Paul Vinogradoff (ed), *Essays in Legal History* (Londres, 1913, pp. 312-335. V. pour une synthèse, L. Konopczynski, op. cit. pp. 00 et pour un aussi un article plus récent de P. Grossi, « Unanimitas. « Alle origine dello concetto di persone giuridica nello diritto canonico » *Annali di storia di diritto*, 2, 1958, pp. 229-331 .

⁵ V. E. Lagrange, *La représentation dans les organisations internationales. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Kluwer, 2002 pp. 20-21.

⁶ V. pour un renouvellement de la question, le chapitre que Jeremy Waldron consacre à cette question, *The Dignity of Legislation*, Cambridge Univ. Press, 1999, chap 6, pp. 124 et s.

⁷ On renvoie une nouvelle fois à notre ouvrage, *Théorie de la Fédération*, chap. 3, pp. 105 et s. et chap 7, pp. 273 et s.

conserver en gardant sa liberté de décision. C'est pourquoi dans un système fédéral, les décisions fondamentales doivent être prises avec l'accord de tous les Etats-membres au sein des instances fédérales auxquelles ils participent. La Fédération appelle l'unanimité dans la mesure où les Etats qui s'unissent entre eux pour tenter l'aventure fédérale « gardent le désir d'une existence particulière et s'y attachent d'autant plus que chacun d'eux est conscient de sa personnalité »⁸. Par conséquent, un Etat fédéré ne veut pas être « minorisé » par une décision prise à la majorité des autres Etats au sein de l'instance fédérale. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français sur l'intégration européenne témoigne, à sa façon de cette difficulté qu'est le passage de la règle de l'unanimité à celle de la majorité. Un tel saut au sein, par exemple, des instances du Conseil des ministres de l'Union européenne (dans certaines matières fondamentales), a été considéré comme une atteinte inconstitutionnelle « aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁹.

C'est la raison pour laquelle il a été soutenu récemment que « l'essence politico-constitutionnelle de l'Etat à base fédérative est le consentement de tous les Etats-membres »¹⁰. Il en résulte que le principe d'unanimité est à la Fédération ce que le principe de majorité est à l'Etat unitaire : son « principe agrégatif »¹¹. La spécificité fédérale surgit alors avec éclat : elle tient à la domination du principe d'unanimité. On peut formuler la même idée d'une façon différente : la majorité comme « *principe* » apparaît comme principiellement *illégitime* dans un corps politique fédéral en raison de la nature même de ce corps. Voilà donc le point de départ de toute analyse de la majorité dans un cadre fédéral. Mais ce point de départ n'épuise pas le sujet.

Car, dans les faits, tous les systèmes fédéraux ne fonctionnent pas intégralement à la majorité, que l'on soit ou non en présence de ce qu'on appelle habituellement des Confédérations d'Etats ou bien d'Etats fédéraux¹². Plus exactement, il y a toujours dans le fonctionnement pratique de la Fédération une place réservée à la règle de la majorité, à côté de la règle d'unanimité. De ce point de vue, l'analogie avec le fonctionnement des organisations

⁸ L. Konopczynski, *Le Liberum Veto*, p. 97.

⁹ Règle jurisprudentielle fixée dans décision 308DC du 9 avril 1992 (dite « Maastricht I », « considérant n° 49 », et constamment appliquée depuis.

¹⁰ S. Ortino, *Introduzione al diritto costituzionale federativo*, Turin, Giappichelli, 1993, p. 259. Ortino parle de « *Stato a base federativo* » là où nous parlons de Fédération

¹¹ *Ibid.*.

¹² Plus exactement, certaines décisions sont prises à la majorité, et d'autres sont prises à l'unanimité dans les Confédérations naissantes. Dans les Fédérations consolidées, la majorité commence à devenir la règle.

internationales est frappante¹³. Pour illustrer cette thèse, on aurait pu ici traiter l'application de la règle de majorité dans le cadre du « *système de la Diète fédérale* » qui est le modèle constitutionnel décrivant les Fédérations émergentes ou naissantes gouvernées par une Diète, assemblée composée de représentants des Etats-membres et exerçant les fonctions d'instance de décision¹⁴. On aurait pu aussi montrer que, dans les Etats fédéraux modernes (largement étatisés et faiblement fédéraux), le pouvoir législatif de type bicaméral fonctionnait « majoritairement ». Ce bicaméralisme est spécifique par rapport au bicaméralisme unitaire puisqu'une chambre représente le peuple et l'autre les Etats (selon le modèle soit du Sénat américain, soit du Bundesrat allemand), ce qui n'est pas sans affecter le sens de la décision majoritaire. De nos jours, dans ce qu'on peut appeler le fédéralisme de type communautaire apparaît, dans certains pays, la technique de la majorité dite « *surqualifiée* ». On appelle ainsi en Belgique cette double majorité requise pour l'adoption des « lois spéciales » en matière institutionnelle. Elle implique qu'au sein d'une majorité des deux-tiers – première exigence majoritaire - figure une majorité absolue des membres des deux groupes linguistiques des chambres du Parlement – seconde exigence majoritaire¹⁵.

Mais notre étude ne portera pas ici ni sur le fonctionnement de la Diète fédérale, ni sur le pouvoir législatif dans les Etats fédéraux contemporains, ni sur le fédéralisme communautaire. Elle concernera principalement le cas exceptionnel, - un cas-limite même - du pouvoir constituant et le cas un peu moins exceptionnel de la révision de la constitution, étant entendu qu'on distingue, après d'autres auteurs le pouvoir constituant originaire du pouvoir de révision constitutionnelle¹⁶.

¹³ V. la section intitulée « le mythe de l'unanimité dans les organisations internationales », dans l'ouvrage précité d'E. Lagrange, *op. cit.* pp. 269 et s.

¹⁴ Voir notre ouvrage, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, chap. 11, pp. 351 et s., et une application au cas suisse : « La Diète suisse de 1815 à 1848 : contribution à l'étude du système de la Diète fédérale », in *Commentationes historiae iuris helveticae*. – Berne, 2, 2007(2008), p. 82-105.

¹⁵ C'est l'article 4 de la Constitution belge du 17 février 1994 qui définit cette majorité : « (...) Les limites des quatre régions linguistiques ne peuvent être changées ou rectifiées que par une loi adoptée à la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres, à la condition que la majorité des membres de chaque groupe se trouve réunie et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés. » Le texte de la constitution fait ensuite référence à plusieurs reprises aux cas d'application de cette majorité « surqualifiée ».

¹⁶ C'est la raison pour laquelle on a un peu modifié le titre de notre intervention qui ne contenait pas à l'origine l'hypothèse de la révision de la constitution.

Par « *pouvoir constituant* », on entend la prérogative souveraine de déterminer la forme d'une entité politique au moyen d'une constitution¹⁷, et non pas le pouvoir de réviser la Constitution. Le pouvoir constituant est l'autorité qui, en établissant une constitution, exprime une « volonté politique », laquelle suffit à la valider¹⁸. Cette doctrine essaie d'expliquer la naissance d'une constitution par la « volonté politique », réintroduisant dans le droit constitutionnel une dimension de légitimité que le primat de la légalité interdit de prendre en compte dans la doctrine positiviste dominante¹⁹. L'élaboration d'une nouvelle constitution résulte, le plus souvent, d'un processus politique au cours duquel et au terme duquel un peuple prend conscience de son existence politique et s'affirme en s'opposant. Le pouvoir constituant exprime ce ou ce(s) moment(s) historique(s) intense(s) où se cristallise un vouloir-vivre ensemble, un moment fondateur qui a autorisé certains auteurs à distinguer judicieusement entre une « politique constitutionnelle » et une « politique normale »²⁰, ou « politique politisante » et « politique politisée »²¹ et d'autres auteurs, à magnifier ce moment de « fondation politique » d'une « nation de citoyens »²².

Dans le cadre fédéral, la théorie du pouvoir constituant prend un tour particulier dans une Fédération dans la mesure où la constitution n'est pas celle d'un Etat-nation et où la forme de la constitution n'est pas la même. On conçoit ici la constitution fédérale comme un pacte constitutionnel, un pacte fédératif²³, c'est-à-dire une convention entre plusieurs Etats qui décident

¹⁷ Pour une définition voisine, celle de C. Schmitt : « le pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble. C'est des décisions de cette volonté que procède la validité de toutes les prescriptions ultérieures des lois constitutionnelles ». *Théorie de la Constitution*, (1927), trad. fr., Paris, PUF, 1993 chap. 8, I, p. 211/12 (*Verfassungslehre*, p. 75).

¹⁸ « La constitution est valide grâce à la volonté politique existante de celui qui la donne », *Théorie de la Constitution*, chap. 8, I, p. 152.

¹⁹ Pour une synthèse juridique, voir surtout, Cl. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris PUF, 1995.

²⁰ Distinction effectuée par B. Ackerman, entre « *constitutional politics* » et « *normal politics* ». *We The People*, I, et II.

²¹ J. Elster, *Ulysses and the Sirens. Studies in rationality and irrationality*, Cambridge, 1979, p. 94.

²² U. Preuß, « Der Begriff der Verfassung und ihrer Beziehung zur Politik, » In U. Preuß, (hg.) *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Fischer, 1994, p. 29.

²³ V. pour l'analyse de ce concept, Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, chap. 7, pp. 197-198, chap. 29, p. 514. V. aussi notre article : « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », in H. Mohnhaupt, J.-F. Kervégan, (hg.) *Liberté sociale et contrat dans l'histoire du droit et de la philosophie*, Francfort, Klostermann, coll. Ius Commune, 1997, pp.197-270. On notera que Albert Dicey évoque cette notion dans son grand Traité de droit constitutionnel : « The foundations of a federal state are a complicated contract. This compact contains a variety of terms, which have been agreed to, and generally after mature deliberation, by the States which make up the confederacy. To base an arrangement of this kind upon understandings or conventions would be certain to generate misunderstandings and disagreements. The articles

de constituer ensemble une Fédération. Le pacte est également un « acte de fondation »²⁴, mais il fonde comme entité politique une union fédérale, et non pas un Etat. Une telle théorie est minoritaire dans la littérature juridique car la majorité des juristes envisage la constitution fédérale comme une autre genre de constitution, identique à la constitution unitaire ; Elle serait donc une *loi* suprême, et non pas une convention (*compact*). Dès lors, en vertu d'une telle position, il est facile d'affirmer que la constitution, comme toute loi, doit être *modifiée* à la majorité, et de soutenir, de surcroît que la question de la création de la constitution étant un pur « fait » échappe à l'analyse juridique. La réduction positiviste de la constitution fédérale à la loi constitutionnelle simplifie donc considérablement les données du problème.

En revanche, la notion de pacte fédératif, suppose, par définition, le consentement de tous les Etats puisqu'il ne peut pas y avoir de contrat, de pacte, sans sa conclusion par l'intéressé qui y consent par la force des choses. Le cas de l'association de la majorité et du pouvoir constituant dans une Fédération devient alors hautement paradoxal aussi car la question semble résolue d'avance, du moins pour l'adoption de la constitution fédérale : il faudrait l'unanimité car on ne voit pas comment un contrat pourrait lier une partie qui n'y a pas consenti. Pour la même raison, on considère qu'un pacte fédératif ne peut pas être modifié par une majorité, mais seulement à l'unanimité, pour des raisons liées à la logique contractuelle. Ainsi, Maurice Duplessis, alors Premier ministre du Québec, déclara en 1945 lors d'une Conférence fédérale-provinciale : « (...). *Du principe que la constitution fédérale est de nature contractuelle découle une conséquence certaine : c'est que la loi organique de la Confédération ne doit être modifiée que du consentement unanime des provinces (...). Toute modification introduite autrement constitue une atteinte au respect dû aux contrats*²⁵ ». La logique contractuelle imposerait donc que la convention initiale qui a donné naissance à la Fédération ne puisse être modifiée, « *surtout sur une question vitale* » que par le consentement unanime de toutes les parties contractantes²⁶. On verra dans quelle mesure cette doctrine de la révision résiste aux faits et à ce qu'on peut appeler la contrainte majoritaire.

A côté de cette hypothèse extraordinaire du pouvoir constituant fondant une Fédération, il

of the treaty, or in other words of the constitution, must therefore be reduced to writing. » *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., 1915, rééd. Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 79.

²⁴ V. ici S. Ortino, *op. cit.*, p. 261 et s.

²⁵ Déclaration reproduite in R. Arès, *Dossier sur le Pacte fédératif de 1867 – La Confédération : pacte ou loi ?*, Montréal, p. 99. Cité par F. Joly, *Fédéralisme et parlementarisme au Canada*, Thèse, Paris II, dactyl. 2007. p. 595.

²⁶ Télégramme de Maurice Duplessis au Premier ministre fédéral King (cité in *ibid.*, p. 98). Cité par F. Joly, *op. cit.* p. 595.

est une autre hypothèse plus paisible qui est celle de la modification du pacte fédératif, la révision de la constitution. Cette étude apportera un éclairage différent et complémentaire sur la question de la majorité dans une Fédération en révélant quel sens on doit donner à cette double majorité. On voudrait donc examiner ces deux cas de la formation du pacte fédératif (I) et de sa révision (II).

I – L’adoption du pacte fédératif ou la difficile réalisation du principe d’unanimité

II – Le reflet de la structure dualiste de la Fédération dans la procédure de révision constitutionnelle

I – L’adoption du pacte fédératif ou la difficile réalisation du principe d’unanimité

Parce que le pacte fédératif « fonde » une unité politique, il est un acte du pouvoir constituant. Parce que, le plus souvent, il se traduit par l’élaboration d’une « constitution fédérale » le plus souvent écrite pour régler le problème crucial des relations entre la fédération et les Etats-membres. En tant qu’acte juridique, il est donc adopté à la suite d’une procédure dite ici « procédure constituante » au cours de laquelle plusieurs votes interviennent. Le mode d’adoption du pacte fédératif requiert alors de prendre des décisions à la majorité ou à l’unanimité.

Pour éclairer les données de ce problème complexe, on partira d’une fine observation du grand constitutionnaliste suisse, Jean François Aubert. Ce dernier a parfaitement relevé la spécificité du pacte fédératif : il a « deux natures, *légitime et contractuelle* » alors la Constitution d’un Etat unitaire est « une espèce du genre de la loi » et donc un « acte unilatéral »²⁷. Mais le plus intéressante pour notre propos est sa remarque incidente sur leur différente mode d’adoption :

« La situation n’est pas tout à fait pareille quand on considère les Constitutions formelles dont l’adoption coïncide avec la création, par association d’Etats préexistants, d’une *fédération*. Ce qu’on ne peut pas attendre d’un peuple, que tous les habitants d’un pays soient d’accord avec leur Constitution, on peut en faire, à l’égard d’Etats qui se fédèrent, une

²⁷ J.F. Aubert, « Notion et fonctions de la Constitution » in Daniel Thurer, JF Aubert, Jorg Paul Muller (hrsg), *Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schultheiss, 2001, p. 8.

condition de la formation du nouvel Etat fédéral : que tous les membres du futur ensemble aient consenti à en faire partie, que chacun ait accepté la nouvelle Constitution. »²⁸.

Dans l'esprit de son auteur, cette citation a pour objet de prouver le caractère en partie contractuel de la constitution fédérative. Mais elle revêt, pour nous, le grand intérêt de signaler la différence quantitative entre les deux procédures d'adoption de la Constitution. Dans le cas fédéral, le nombre relativement faible d'Etats « fédérants » devant « consentir » au pacte constitutif est très faible en comparaison avec les millions de suffrages d'un référendum constituant dans un Etat unitaire. Il est donc envisageable de demander l'accord de tous les Etats de sorte que la règle d'unanimité a une portée pratique et qu'on peut l'envisager, techniquement parlant, pour faire adopter l'acte fondateur d'une Fédération d'un Etat démocratique moderne. Toutefois, afin de vérifier si cette idée se réalise dans la procédure constituante (higher law making process) (B), il convient de dresser une courte typologie des pactes fédératifs de façon à déterminer quels sont les pactes de nature « constituante » (A).

A/ Typologie des pactes fédératifs

Quand elle est présentée par la doctrine constitutionnelle, la notion de pacte fédératif semble une et unitaire. Mais dès qu'on essaie de la saisir plus empiriquement, elle paraît relever de plusieurs types. C'est ce que nous allons tenter de démontrer.

La première grande distinction à faire entre les pactes fédératifs dépend de la question de savoir s'ils créent *ex nihilo* une Fédération ou, au contraire, s'ils sont conclus alors qu'il existe déjà une Fédération, ce qui suppose évidemment une continuité de l'institution fédérale.

Le pacte qui crée à la fois la Fédération et sa forme de gouvernement sera ici appelé un pacte « fondateur ». Il crée une nouvelle forme politique (forme fédérale) et aussi une forme de gouvernement (qui détermine l'organisation constitutionnelle de la fédération). Cet acte est donc doté d'une véritable « polyvalence »²⁹ puisqu'il institue un *être fédéral*, c'est-à-dire une nouvelle entité juridique dans le domaine des relations internationales, et correspond aussi à « la formation

²⁸ *Ibid.*

²⁹ L'expression est de S. Ortino, *Introduzione*, p. 264.

d'une nouvelle organisation politique à l'intérieur » de cet être fédéral³⁰. Bref, ici la singularité du pacte fédératif est qu'il « fait coïncider en un acte unique aussi bien la naissance d'une communauté politique que la configuration de son principe de gouvernement »³¹. On peut donner comme exemples historiques, tirés des Temps modernes, l'Union d'Utrecht (1579) qui crée les Provinces Unies, les Articles de la Confédération des Etats-Unis, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (1867) ou encore l'acte créant la Confédération germanique (1815).

Cependant, une fois la Fédération fondée, il peut arriver que, comme pour un Etat, l'on décide de *modifier* ou de *changer* sa constitution. Au pacte fondateur peuvent cependant succéder ou moins deux types de pactes différents : l'un modificateur, l'autre re-fondateur.

Dans la première hypothèse, celle du pacte *modificateur*, la constitution fédérale est certes modifiée par rapport à la précédente, mais il s'agit d'une simple *révision* du pacte fédératif. Révision parce que le pacte écrit indique lui-même la procédure qui prévoit la modification du statut constitutionnel de l'être fédéral. On parlera alors de *révision du pacte fédératif*. Dans ce cas, la continuité avec le pacte fondateur se manifeste tant par le respect de la procédure de révision que par le respect des grands principes de fond qui régissent la constitution initiale. Bref, le contenu du pacte en vigueur est modifié, sans rupture révolutionnaire. La constitution fédérale est donc simplement adaptée pour mieux correspondre aux nouvelles circonstances politiques et juridiques. Tel est, par exemple, le cas de la modification de la constitution fédérale suisse en 1874 (modifiant la constitution de 1848). On étudiera plus loin cette hypothèse de la révision (v. *infra*, II).

Dans la seconde hypothèse, celle du pacte « *re-fondateur* », on est en présence d'un changement de constitution. La modification du pacte résulte de l'exercice d'un pouvoir constituant dans la mesure où les titulaires de ce pouvoir ressaisissent d'eux-mêmes la faculté de reconfigurer l'entité politique qu'ils ont créée. Ce pacte fédératif est appelé ici un pacte « re-fondateur ». Il se distingue du pacte fondateur par le fait même qu'il intervient alors même que la Fédération existe déjà de sorte qu'il ne donne donc pas naissance à la de Fédération. Il n'est pas un acte de fondation, mais de « re-fondation ». La refondation s'explique par la portée du changement effectué. Un tel pacte refondateur se distingue du pacte modificateur car le changement dépasse la pure et simple révision du pacte (qu'elle soit partielle ou totale). Un tel pacte a a pour objet de changer aussi bien

³⁰ S. Ortino, *Introduzione*, p. 264.

³¹ *Ibid.*, p. 264.

le type des relations entre la fédération et les Etats-membres que la forme du gouvernement fédérale. Il « *re-fonde* » la Fédération puisqu'il reconfigure la structure constitutionnelle de la fédération.

En outre, ce pacte « re-fondateur » a pour originalité d'être issu d'une procédure illégale, tout en créant une nouvelle légalité constitutionnelle. Sur ce point, il diffère aussi de la révision du pacte fédératif : le pacte « re-fondateur » se substitue à l'ancien de façon *illégal*, c'est-à-dire sans respecter la voie « légale » de révision ou même sans se préoccuper du fait qu'il n'y a pas de révision possible. Dans tous ces cas l'urgence de reconfigurer l'unité politique l'emporte sur toute autre considération, et notamment sur le respect des formes légales. Comme une telle illégalité révèle inmanquablement la présence d'un phénomène constituant, ce passage, formellement révolutionnaire, d'un pacte fédératif à un autre pacte prouve l'existence d'un processus constituant. Deux grands pays de fédéralisme au moins (les Etats-Unis, la Suisse) ont connu une telle rupture révolutionnaire en 1787 et 1848³².

Pour l'objet de cette conférence, il suffit de retenir que le pacte fédératif fondateur et le pacte refondateur sont de même nature : ils sont l'expression d'un pouvoir constituant. Il convient de savoir maintenant ce que nous apprend l'étude de la procédure constituante les concernant.

B/ Procédure constituante et modes d'adoption du pacte fédératif

L'analyse de la procédure constituante dans le domaine de la Fédération est rarement effectuée par la doctrine constitutionnelle³³. Les préambules des constitutions indiquent que tous les Etats ont voulu s'unir par un accord mutuel afin de fonder une Fédération³⁴. Tout semble alors postuler une unanimité, qui serait le corollaire de la conception contractuelle de la

³² Faute de place, nous renvoyons à des démonstrations déjà faites : pour les Etats-Unis, voir le chapitre intitulé « Reframing the Founding » dans B. Ackerman, *We The People, Transformations*, Harvard Belknap Press, 1998, pp. 32, le commentaire d'Edward Corwin, *The Constitution and what it means today*, 12^{ème} éd., Princeton Univ. Press, 1978, p. 284 - et pour la Suisse, les deux traités d'histoire constitutionnelle suisse de Eduard His, Eduard His, *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts*, tome II : *Die Zeit des Restauration und der Regeneration (1814 bis 1818)*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1929, p. 24 et de A. Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne* (1992), trad. ; fr. par A. Perrinjaquet, S. Colbois) Bâle et Bruxelles, Stämpfli et Bruylant, 2006, p. 67.

³³ C'est une question sur laquelle Carl Schmitt fait totalement l'impasse ; dans son traité de droit constitutionnel ; il ne figure aucun développement sur la procédure constituante dans une Fédération, mais seulement un court paragraphe sur la procédure d'adoption de la Constitution de 1787. *Théorie de la Constitution*, chap. 8, pp. 221-222. Il n'y a guère de précision non plus dans le livre si éclairant par ailleurs de Sergio Ortino.

³⁴ V. les exemples empiriques données dans notre *Théorie de la Fédération*, pp. 123-129.

Constitution. Mais il convient de rechercher si ces pactes ont réellement obtenu l'accord de tous les Etats ou si une « dose » de majorité ne s'est pas introduite ici ou là à un certain moment de la procédure. Comme il y a peu de données disponibles sur l'adoption des constitutions fédérales³⁵, c'est donc à titre un peu exploratoire que l'on décrira, d'abord, la procédure constituante ordinaire (1) et, ensuite, plus empiriquement, les modes d'adoption retenues, unanimitaire ou majoritaire (2).

1 / La procédure constituante de droit commun

- La variété des modes d'adoption d'une constitution fédérale est grande. Il est hors de question d'en rendre compte de façon exhaustive. On se contentera de faire ressortir les deux procédures les plus courantes qui se distinguent l'une de l'autre selon que l'adoption du pacte par les instances fédérales est, ou non, suivie d'une ratification par les Etats-membres.

1/ Dans le premier cas, la procédure constituante à phase unique, par simple adoption (sans ratification donc), la Diète fédérale, ordinaire ou extraordinaire, joue le rôle d'une assemblée constituante. Une instance fédérale adopte, le pacte fédératif à titre définitif, sans qu'il y ait besoin d'une approbation ultérieure par les Etats. Par exemple, la création de la première fédération moderne, les Provinces-Unies des Pays Bas par l'Union pacte d'Utrecht (1579) correspond à cette hypothèse. On peut dire la même chose de l'adoption du pacte fédéral suisse de 1815 par la Diète fédérale (*Tagsatzung*) réunie à Zürich. Cette Diète fédérale était un organe permanent, mais d'assemblée législative, elle s'est transformée en Diète constituante extraordinaire. Enfin, on peut citer à titre de dernier exemple, le cas de l'assemblée constituante de Weimar (1919) qui a adopté une constitution fédérale en parlant au nom du peuple allemand et des Länder allemand, sans ratification ni de l'un, ni des autres.

Dans ce type de procédure, la Diète fédérale exerce une fonction constituante. Elle conclut seul le pacte fédératif car elle agit au nom et pour leur compte *des Etats fédérés*. Elle est une assemblée censée représenter ces Etats. En cela, elle ressemble très fortement à une assemblée constituante d'un Etat unitaire qui adopte une constitution sans la faire ratifier par le peuple. Ce

³⁵ Par exemple, il est très difficile de savoir comment le Congrès continental a adopté les Articles de la Confédération. Le livre le plus informé sur la question, Jack Rakove, *The Beginnings of National Politics: An Interpretive History of the Continental Congress* (1982) ne donne pas la réponse.

critère négatif – l’absence de ratification - la distingue de la procédure à deux temps (adoption + ratification) qu’il convient d’étudier maintenant.

2/ La procédure constituante à double temps correspond le mieux à la structure fédérale de décision dans la mesure où elle associe les instances fédérées aux instances fédérales. Dans cette hypothèse, il faut ajouter à *phase d’adoption* par les instances fédérales la *phase de ratification* en vertu de laquelle les entités « fédérantes » sont invitées à approuver le pacte fédératif, déjà adopté par une instance fédérale. Cette procédure rappelle aux juristes celle qui régit l’élaboration des traités internationaux³⁶. En matière fédérative, une telle procédure, qui revient à donner le pouvoir du dernier mot aux Etats, est défendue par les partisans des « *States’Rights* »³⁷, mais elle est aussi un fait objectif reconnue par les historiens les plus impartiaux³⁸. Cette ultime phase connaît deux variantes selon les acteurs de la ratification du projet de constitution fédérale.

Selon la première variante, qui est « représentative », la ratification est opérée par les autorités compétentes des Etats-membres. Ici, le cas de la première fédération des Etats-Unis est éclairant. Si le Congrès continental, fonctionnant comme une sorte de Diète constituante, élaborait et adoptait, le 15 septembre 1777, le texte des « Articles de la Confédération ». Celui-ci fut ensuite soumis, comme l’indique la clause finale des « Articles » (art. XIII al.2), à la ratification de chacun des Etats. Au sein de cette première variante, il faudrait opérer une distinction supplémentaire selon que la ratification est opérée, au sein des Etats fédérés, par des assemblées législatives ordinaires ou par des « Conventions constitutionnelles », assemblées extraordinaires.

³⁶ La phase de conclusion du traité, le plus souvent opérée par les autorités exécutives est suivie de la phase de ratification au cours de laquelle ce sont les organes prévus par les constitutions internes – le plus souvent des autorités législatives, parfois par le peuple – qui font entrer en vigueur dans le droit interne le traité si elles le « ratifient » le traité proposé..

³⁷ Il faut rappeler ici les thèses de John Calhoun sur la constitution américaine : « « It received the assent of the States in all the possible modes in which it could be obtained ; first – in their confederated character, through its only appropriate organ, the Congress ; next, in their individual character, as separate States, through their respective States governments, to which the Congress referred it ; and finally, in their high character of independent and sovereign communities, through a convention of the people ; called in each state, by the authority of its government. The states, acting in these various capacities, might at every state, have defeated it or not, at their option, by giving or withholding their consent. ». *A Discourse on the Constitution and the Government of the United States*, in Ross Lence (ed), *Union and Liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun*, Indianapolis, Liberty Fund, 1992, p. 91.

³⁸ Murray Forsyth écrit : « Ratification was unequivocally a matter of each state individually ; none could be bound without their assent. Massachusetts in its formal act of ratification expressly called the constitution a compact, and in the debates in the various conventions, it was also referred to as such. » *Unions of States: the Theory and Practice of Confederations*, Leicester Univ. Press, New York, Holmes and Meier, 1981, p. 65.

Enfin, la seconde variante de la ratification résulte de la concurrence faite progressivement par les institutions de démocratie directe à la démocratie représentative. Le droit fédéré peut prévoir que la ratification fera intervenir *le peuple*. C'est le cas en Suisse dès 1848 où la constitution fut approuvée, dans certains cantons, par le peuple sollicité *ad referendum*.

2/ La question de la majorité et de l'unanimité dans la procédure d'adoption

Il est rare que cette question soit placée au centre de la discussion. Pourtant, elle le fut dans certains cas, notamment en Suisse lors du changement de constitution en 1848. On a dit à ce propos que « la question (...) qui constitu(ait) le cœur de la question de la réforme tout entière » ne fut autre que celle de savoir si les cantons pouvaient entreprendre cette réforme « à l'unanimité ou à la majorité »³⁹. Le problème s'est donc souvent, voire constamment posé, mais il fut souvent occulté car il dérangeait. On pourrait même émettre l'hypothèse que, dans bien des cas, on a fait passer des comme étant prises par consensus ou par unanimité décisions *de facto* majoritaires comme s'il fallait ne pas renoncer à la fiction de l'unanimité à laquelle on a souvent recouru avant que s'acclimate le principe de majorité.

a/ Dans le cas des *Diètes constituantes*, qu'elles soient ou non souveraines, qui adoptent le pacte fédératif, on comprend qu'il est inenvisageable de pratiquer la règle de l'unanimité si les voix sont comptés par individus. Mais, en réalité, il faudrait donc distinguer les cas selon que le vote au sein de la Diète fédérale est compté par « individus » ou bien par « Etats »⁴⁰. Faute de pouvoir être ici très précis, on signalera deux cas particuliers qui montrent l'émergence d'une pratique de la majorité.

Le premier cas est celui de l'adoption du pacte fédéral suisse de 1815. Il est désormais bien connu que, lors de la première adoption du pacte, le 8 septembre 1814 par la « longue Diète », le texte fut approuvé par l'assemblée, « malgré certaines oppositions notamment de la part de Schwytz, Uri et Nidwald »⁴¹. Tout semble indiquer par ailleurs que cette majorité fut aussi la

³⁹ J. Schollenberger, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft : Kommentar mit Einleitung*, Berlin, Häring, 1905, p. 22.

⁴⁰ Un exemple de ce dernier genre : le pacte fédéral suisse de 1815 et son §15 : « ce Pacte fédéral sera non seulement signé par les députés de chaque Etat, autorisés à cet effet (...), ces députés étant d'ailleurs des plénipotentiaires accompagnés de « conseillers de légation ». in A. Kölz, , *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte*, Bâle, tome I, 1992, p. 202

⁴¹ A. Kölz, *op. cit.*, p. 196.

règle implicitement appliquée lors de l'adoption définitive du Pacte fédéral le 7 août 1815. C'est pourquoi certains juristes suisses ont défendu l'idée que, adopté à « la majorité des cantons », le pacte fédératif pouvait, par conséquent, « être révisé et transformé (*umgewandelt*) à la majorité simple »⁴². Nulle part ne figure, cependant, cette adoption majoritaire.

Le second exemple, toujours tiré de l'histoire suisse, est celui du remplacement du pacte fédératif de 1815 par la constitution de 1848, un pacte « re-fondateur ». Ici, les choses sont plus claires. Le processus au niveau fédéral fut clairement majoritaire et il fut imposé par les cantons progressistes ayant vaincu les cantons minoritaires lors de la guerre du Sonderbund. Le 16 août 1847, la Diète fédérale prit l'initiative de lancer un processus de révision du pacte de 1815 et sa décision fut adoptée à la majorité de 13 cantons. Presque un an après, le 27 juin 1848, la Diète adopta la constitution fédérale par une majorité de 13 cantons sur 22⁴³. Il y eut des oppositions cantonales plus ou moins exprimées⁴⁴, mais il est certain que le canton de Schwytz, canton historique s'il en est, « se prononça par un rejet explicite »⁴⁵.

Quoi qu'il en soit, on a ici un exemple parfait d'une adoption du projet de constitution fédérale par la Diète constituante à *la majorité*, et non pas à l'unanimité. Pour certains juristes, si l'on avait interprété cette procédure comme étant celle d'une révision du pacte de 1815, ce vote acquis à Diète à la majorité absolue, et non qualifiée, des cantons aurait signifié le rejet de la nouvelle constitution car une telle révision aurait exigé au moins le vote des deux-tiers par les Etats. D'autres juristes soutiennent toutefois que l'adoption définitive de la constitution était reportée à la phase ultérieure de la ratification⁴⁶.

b/ Dans le cas de la ratification par les instances fédérées, la règle de l'unanimité apparaît comme une exigence forte car, théoriquement, il faut supposer que tous les Etats aient donné leur consentement au pacte fédératif pour qu'il soit juridiquement valide. L'examen de la pratique constitutionnelle révèle des situations plus contrastées.

⁴² J. Schollenberger, *op. cit.*, p. 26. Il s'appuie aussi sur le droit international qui a *reconnu* le « Bund des 22 cantons » (p. 26) en dépit de l'opposition de certains cantons

⁴³ Voici la liste : Zürich, Lucerne, Glaris, Zoug, Fribourg, Soleure, Schaffouse, Saint-Gall, les Grisons, l'Argovie, la Thurgovie, le Valais et Genève (source : J.F. Aubert, *Traité*, tome I, n° 65, p. 31).

⁴⁴ Le demi-canton de Bâle-Campagne avait accepté ce projet, mais l'autre demi-canton (Bâle-Ville) le refusa. La demi-voix ne compte donc pas. Les délégués du grand canton de Berne et du Tessin refusèrent de prendre part au vote. Ceux de deux cantons et demi n'adoptèrent le texte que sous réserve de l'approbation ultérieure par référendum. W. Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern, Stämpfli, 1905, p. 48

⁴⁵ A. Kölz, *Histoire constitutionnelle*, p. 668.

⁴⁶ W. Burckhardt, *op. cit.* p. 49.

Il est des cas, d'abord, où la règle de l'unanimité fut strictement respectée. C'est le cas des Articles de la Confédération dont la ratification fut retardée par le Maryland, qui, en décembre 1778, refusa de ratifier les « Articles », et émit un *veto* qu'il ne lèverait que si la question des « terres » situées à l'Ouest des Etats n'était pas levée. Il s'accrocha à ce veto tant que la question des terres de l'Ouest n'était pas réglée de sorte que les Articles « restèrent lettre morte »⁴⁷. C'est seulement le 2 février 1781 que l'assemblée de cet Etat ratifia le texte. L'unanimité était obtenue, les Articles de la Confédération pouvaient entrer en vigueur. Le 7 juillet 1781, le pacte fut considéré comme adopté à l'unanimité par le Congrès qui vérifia la réalité des ratifications opérées par les Etats.

2°/ Mais il est d'autres cas où cette exigence d'unanimité au niveau de la ratification par les instances fédérées fut moins strictement observée. Selon la pratique suivie, ce fut plutôt la majorité qualifiée qui s'imposa. En d'autres termes, l'histoire constitutionnelle des Fédérations apprend que *l'on a voulu éviter ou contourner la règle unanime*, afin d'éviter le veto de certains Etats minoritaires. Ici encore, les exemples des Etats-Unis et de la Suisse, nous serviront de modèle.

Le cas américain de 1787-1789 - A la suite de l'adoption du projet de constitution à Philadelphie, ce fut le Congrès continental qui soumit ce texte, qu'il qualifie de « Report », aux différents Etats. La résolution du Congrès continental en date du 28 septembre 1787, indique que les représentants des Etats présents dans cette assemblée ont été unanimes à décider du renvoi aux Etats fédérés⁴⁸, même si n'y figure pas le Rhode Island. Le Congrès approuve donc implicitement le projet de constitution, mais c'est le texte issu de la Convention de Philadelphie qui fixe les modalités de la ratification fédérée. Selon l'article VII du projet de Constitution, « la ratification des conventions de neuf Etats sera suffisante pour la mise en vigueur de la présente constitution *entre les Etats* qui l'auront ainsi ratifiée ». La condition légale d'entrée en vigueur de la constitution est ainsi posée : il suffit que 9 Etats la ratifient pour qu'elle entre en vigueur, mais avec cette limite qu'elle s'applique seulement entre eux. Ainsi, les Etats (très) minoritaires ne peuvent pas bloquer la ratification par les autres Etats (très) majoritaires.

⁴⁷ J. Rakove, op. cit. p. 190. Juridiquement, le pacte n'était pas entré en vigueur.

⁴⁸ Resolution of Congress of September 28, 1787, Submitting the Constitution to the several States. Avalon Project Yale (http://avalon.law.yale.edu/18th_century/ressub02.asp)

La pratique suivie en 1787-1788 a montré l'intelligence pratique des *Founding Fathers*. En effet, lorsque le neuvième Etat accepta la Constitution, le New Hampshire le 21 juin 1788, l'autorité compétente pour « décider » de la mise en vigueur de la Constitution (le Congrès continental) n'attendit même pas les résultats des autres Etats qui n'avaient pas encore voté. Ce Congrès chargea, le 2 juillet 1788, une commission en son sein pour établir que la procédure de ratification avait abouti⁴⁹. Juridiquement, la phase de ratification pouvait être considérée comme « parfaite », mais elle n'était pas encore close car d'autres Etats devaient encore se prononcer sur ladite ratification. Mais leur décision ne pouvait plus remettre en cause le fait capital : la constitution pouvait déjà entrer en vigueur « entre » ces neuf Etats.

On a justement fait remarquer que la disposition de l'Article VII équivalait à inventer une « règle permettant de comptabiliser les ratifications qui puissent lier les 13 Etats par un comptage qui exclut l'unanimité »⁵⁰. La disposition était suffisamment ambiguë pour ne pas trancher entre unanimité et majorité, et surtout, elle avait l'avantage de laisser « la porte ouverte à une accession future au reste »⁵¹ c'est-à-dire aux Etats qui n'auraient pas ratifié et qui pourraient ainsi, plus tard, rejoindre de façon tacite (participation aux élections fédérales et aux autorités fédérales) ou expresse (procédure d'admission). Mais, cette « porte ouverte » par ladite clause n'a servi à rien car cette judicieuse disposition joua comme une contrainte efficace à l'égard des Etats qui avaient envie de rejeter la constitution, mais qui furent pris au piège de l'acceptation précoce des autres Etats ; celle-ci ne leur laissait plus que le choix suivant : soit être dans la Fédération, soit en rester dehors et sortir de l'Union refondée⁵².

Il ressort de cette analyse que la procédure de ratification choisie réussit à contourner la règle de l'unanimité, sans imposer pour autant, formellement une règle de majorité qualifiée qui aurait conduit à accorder explicitement un droit de veto. Toutefois, la majorité était introduite subrepticement, et de facto, car il a suffi de la ratification par 9 membres de l'Union (sur 13) pour que celle-ci soit refondée. On notera pour finir que la Constitution des Etats confédérés du 11 mars 1861 a repris exactement la même technique que celle utilisée en 1787, mais réduisant

⁴⁹ *Resolution of Congress of Dated 2 July of, 1787, Submitting Ratifications of the Constitution to a Committee.* (http://avalon.law.yale.edu/18th_century/ressub03.asp#2)

⁵⁰ S. Beer, *To Make a Nation. The Rediscovery of American Federalism*, Harvard University Press, 1993, p. 331.

⁵¹ Charles Pinckney, cité par S. Beer, *op. cit.* p. 332.

⁵² L'Etat de New York, dont la majorité des représentants à la Convention constitutionnelle était fort hostile à la clause de Commerce, donna finalement son assentiment car ses représentants décidèrent qu'il valait mieux pour leur Etat, à long terme, s'engager dans l'aventure fédérale plutôt que de rester à quai.

encore plus grandement le nombre requis puisqu'il suffisait de 5 Etats sécessionnistes ratifiant la constitution pour que celle-ci fût adoptée⁵³.

Le cas suisse de 1848 – La ratification de la constitution de 1848 se singularise par le fait que le projet fut soumis à référendum populaire dans certains cantons⁵⁴. La question est de saisir la portée de l'irruption du peuple dans la procédure d'approbation de la constitution.

Dans les faits, après la proclamation des résultats dans chaque canton, la Diète fédérale suisse se réunit en septembre 1848 pour constater officiellement l'approbation de la constitution. Les résultats de la ratification étaient, sans conteste en faveur de la constitution puisque les chiffres officiels relevaient d'un côté, quinze (et demi) cantons acceptants et, d'un autre côté, six et demi cantons « rejetants » auxquels il fallait ajouter un vote nul du canton de Tessin qui émit un vote conditionnel. Rapportée au nombre d'Etats, la majorité ne faisait aucune doute (15 contre 4). Cependant, comme certains cantons avaient rejeté le projet de constitution, la Diète jugea plus prudent de nommer une commission chargée d'établir le comptage statistique des voix. Or, celle-ci commission introduisit un élément démographique dans son calcul lorsqu'elle déclara notamment :

« Se sont donc prononcés pour l'acceptation de la nouvelle constitution quinze cantons et un demi-canton qui, d'après le recensement ordonné par la Diète le 7 septembre 1836, *représentent une population de 1 897 887 âmes*. (...) [en revanche,], la constitution fédérale a (...) été rejetée par une minorité de six cantons et un demi-canton, *représentant ensemble une population de 292 371 âmes* »⁵⁵

La commission rédigea un projet de décret qu'elle soumit à la Diète, dont la principale disposition portait sur le fait que l'approbation de la majorité des cantons était suffisante pour entraîner l'acceptation de la constitution, ce qui impliquait le rejet de la plainte des cantons minoritaires qui voulaient appliquer la règle ancienne de l'unanimité. Ce projet de décret fut adopté le 12 septembre 1848 par la Diète, à la majorité de seize cantons et de deux demi-

⁵³ Article VII – 1 : « The ratification of the conventions of five States shall be sufficient for the establishment of this Constitution between the States so ratifying the same. » Sur la procédure de ratification, voir en français, J.-Ph ; Feldman, « Les Constitutions des Etats confédérés d'Amérique », *RFDC*, 2004/3, n° 59, pp. 522-525.

⁵⁴ Dans 14 cantons, soit par les urnes (vote classique) soit publiquement dans les *Landsgemeinde*. Alfred Köl en donne la liste exacte, *op. cit.* p. 668

⁵⁵ Cité par W. Rappard, *La constitution fédérale suisse de 1848*, Neuchâtel, Iles et Calendes, 1948, p. 125.

cantons⁵⁶. Il contient, dans ces considérants, un exposé des résultats qui légitime la décision d'acceptation :

« Considérant qu'il ressort d'un examen attentif de tous les Procès-verbaux relatifs au vote qui a eu lieu dans tous les cantons, que ladite constitution de la Confédération suisse a été acceptée par quinze cantons et par un demi-canton, comptant ensemble une population de 1 897 887 âmes, soit de *la majorité prépondérante* de la population suisse et des cantons »⁵⁷

La grande nouveauté gît dans le fait que cette « majorité prépondérante » prend en compte, de manière informelle, le critère démographique rapporté à l'ensemble de la Suisse. L'introduction d'un tel correctif à finalité démocratique vise à renforcer la légitimité de cette constitution adoptée non seulement à la majorité des cantons, mais aussi à une forte majorité globale de la population helvétique. Par là même, le cadre de référence de la votation est nécessairement modifié puisque le calcul des voix favorable ou défavorable est élargi des cantons, pris isolément, à une « aire de votation » unique, qui est le territoire global de la Fédération. Ainsi surgit à côté du principe fédéral, qui fragmente la représentation, le principe démocratique comme second critère pertinent pour évaluer juridiquement les décisions d'une Fédération. Les petits cantons minoritaires, souvent politiquement conservateurs, sont « minorisés » par les grands cantons, souvent politiquement progressistes. Cette prise en compte démographique se situe en dehors du cadre légal et constitutionnel, mais témoigne de la volonté de légitimer démocratiquement le vote majoritaire des cantons.

La question juridiquement délicate reste de savoir comment les cantons minoritaires, qui avaient refusé la constitution, sont censés être les auteurs d'une constitution qu'ils ont expressément rejetée ou qu'ils ont refusé de voter⁵⁸. La première interprétation possible consiste à admettre que la pratique constitutionnelle a introduit la *règle de la majorité comme étant valable pour la ratification de la constitution*. Mais on est obligé de justifier alors que ce choix de la majorité était « un acte de souveraineté illégal, qui n'aurait pas été envisageable sans la

⁵⁶ L'article premier de ce décret dispose : « La constitution fédérale de la Confédération suisse, telle qu'elle a été élaborée par la Diète du 15 mai au 27 juin, et soumise au vote dans tous les cantons, conformément à l'art. 1^{er} des dispositions transitoires y annexées, est par le présent décret solennellement acceptée et déclarée loi fondamentale de la Confédération suisse. ». Cité par W. Rappard, *La constitution fédérale suisse de 1848*, Neuchâtel, Iles et Calendes, 1948. p. 128.

⁵⁷ Cité par W. Rappard, *op. cit.* p. 128. Ces chiffres sont fictifs, écrit J.F. Aubert. Il faut, d'après les estimations plus précises, admettre que 140 000 citoyens acceptèrent la constitution, et 60 000 la rejetèrent.

⁵⁸ Lors du vote définitif du 12 septembre 1848, les cantons de Suisse centrale ont donné pour instruction à leurs délégués de ne pas participer au vote. A. Kölz, *op. cit.* p. 671.

force politique, militaire et économique, des cantons formant majorité »⁵⁹. C'est un fait révolutionnaire auquel se soumettent les cantons vaincus en participant ensuite à l'élection des assemblées législatives et du Conseil fédéral, par une sorte d'acte de reconnaissance du fait accompli.

Ainsi, il résulte de cet examen de la procédure constituante relative au pacte fédératif que sa particularité est évidente si on la compare avec le cas d'une constitution unitaire. Cette singularité tient à la place de l'unanimité qui reste importante, en particulier lors de la ratification de la constitution par les Etats. Mais la règle de la majorité s'y est introduit par la force des choses, notamment lors de la phase d'adoption du projet de constitution. La spécificité fédérale semble plutôt résider dans ce mélange inégal entre l'unanimité et la majorité, avec une nette prédominance du principe unanimitaire, alors que l'Etat ne connaît que la majorité. Il convient de montrer que ce n'est pas tout à fait le cas pour la révision du pacte fédératif où la règle majoritaire retrouve toute sa force.

II – La signification spécifiquement fédérale de la règle majoritaire dans la révision du pacte fédératif : la majorité composite comme reflet de la structure dualiste de la Fédération

La révision du pacte fédératif est la modification de la constitution qui est faite conformément au droit en vigueur et qui ne change pas la configuration politique de la Fédération (v. infra I). Au rebours de la procédure constituante, la procédure de la révision de la constitution fédérale est largement étudiée⁶⁰. On pourrait étendre à son propos le paradoxe qui a été relevé selon lequel une constitution adoptée à la majorité peut exiger une révision à la majorité qualifiée⁶¹. Mais on se posera principalement la question de savoir ce qui distingue, dans une Fédération, la majorité exigée pour une révision constitutionnelle et les autres de majorités requises pour d'autres cas. Pour répondre à cette question, il faut d'abord donner quelques exemples de révision « majoritaire » (A), et ensuite tenter de dégager la signification intrinsèquement fédérative de cette majorité de révision (B).

⁵⁹ A. Kölz, *op. cit.* p. 671

⁶⁰ V. notamment W. Livingston, *Federalism and Constitutional Change*, Londres, Oxford Univ. Press, 1956

⁶¹ J. Elster, « Majority Rule and Individual Rights », in S. Shute, S. Hurley, (eds), *On Human Rights*, Oxford University Press, 1994, p. 179.

A / La révision « majoritaire » comme règle de droit commun dans les Fédérations modernes

La lecture de la plupart des clauses de révision des constitutions fédérales *modernes* révèle qu'elles imposent une condition de majorité. L'exemple type est celui de la fameuse clause de l'actuelle Constitution américaine sur la révision, contenue dans l'Article V. C'est notamment sur ce point que la constitution de Philadelphie diffère grandement des « Articles de la Confédération » qui exigeait le consentement unanime des Etats pour obtenir la révision⁶². L'Article V rompt donc avec cette logique unanimitaire en prévoyant une double majorité qualifiée. Il faut une première majorité qualifiée pour lancer l'initiative de la révision (majorité des deux-tiers soit au sein de l'Union, soit au sein des Etats-membres) et une seconde pour adopter le projet de révision (majorité des trois-quarts)⁶³. Il en résulte que cette constitution écrite est très « rigide » au sens constitutionnel du terme, c'est-à-dire très difficile à modifier en raison de la série de « haies » que doit franchir le pouvoir de révision constitutionnelle.

Cet article de la constitution américaine fait office d'important « précédent » constitutionnel : il impose un schéma particulier à la révision qui fut souvent repris. Parmi les constitutions fédérales s'en sont inspirées figure notamment la constitution suisse de 1848 même si celui-ci innove largement avec la faculté d'une initiative populaire de révision (art. 113). L'article 114, qui concerne la phase finale de ratification, fixe ainsi la règle de double majorité : « la constitution fédérale révisée entre en vigueur si elle est acceptée par la majorité des suffrages des citoyens suisses et par la majorité des cantons ». C'est d'ailleurs en partie en raison de cette clause de révision que certains auteurs ont, en raison de l'effet de symétrie, plaidé en faveur de l'adoption majoritaire pour ce qui concerne la ratification de la nouvelle constitution (v. *supra*, I,B). Le cas suisse offre le type-idéal de la règle de révision qui essaie de concilier le principe démocratique (1^{ère} majorité, des citoyens suisses) avec le principe fédéral (2^{ème} majorité, des cantons) par cette règle du *cumul* des deux majorités, ce qui donne une sorte

⁶² Art. XIII. Cet article exige l'accord du « Congrès » et des « législatures de chaque Etat ».

⁶³ « Le Congrès, toutefois dès que les deux tiers des deux Chambres l'estimeront nécessaire, proposera des amendements à la présente Constitution ou, sur la demande des législatures des deux tiers des États, convoquera une convention pour proposer des amendements qui, dans l'un et l'autre cas, seront valides à tous égards et à toute fin, comme partie intégrante de la présente constitution, lorsqu'ils auront été ratifiés par les législatures des trois quarts des États, ou par des conventions dans les trois quarts d'entre eux, selon que l'un ou l'autre mode de ratification aura été proposé par le Congrès (...) » (selon la traduction de S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, coll. Que-sais-je, 2005, p. 43).

de prédominance aux cantons. La constitution du 29 mai 1874 ne bouleverse pas ce schéma, mais contient un ajout intéressant : « le résultat d'un référendum constitutionnel dans chaque canton vaut comme la voix du canton lui-même » (art. 123 al. 3). La nouvelle constitution suisse du 19 avril 1919 a repris, mais en moins bien exprimé, la même idée dans son article 195⁶⁴, avec un changement majeur qui tient au fait que la règle majoritaire est désormais implicite.

Pour conclure cet examen, loin d'être exhaustif, on observera que certaines constitutions fédérales modernes ont réintroduit la condition d'unanimité. Ainsi, la constitution canadienne, révisée en 1982, prévoit désormais une procédure complexe de révision (art. 38 à 49 de la loi de 1982)⁶⁵ dont la caractéristique est d'exiger, suivant les cas, le consentement de toutes les Provinces, ou des Provinces concernées par la réforme⁶⁶. Les procédures de modification de révision sont donc différenciées et la révision à l'unanimité refait surface.

Le sens politique de la double majorité est, sans aucun doute, de donner un droit de veto à une série d'Etats-membres qui, s'ils s'unissent, peuvent bloquer le mécanisme. En Suisse, l'exigence de la double majorité visait au départ à protéger les cantons catholiques de la Suisse centrale et de langue allemande. La pratique des révisions constitutionnelles montre alors une sur-représentation des petits cantons et révèle que la majorité des cantons l'emporte sur la majorité de la population, témoignant ainsi d'une « discordance des majorités »⁶⁷. Politiquement, le droit de veto accorde un privilège aux anciennes minorités, mais sanctionne indirectement les minorités émergentes non regroupées territorialement. On peut alors interpréter ce phénomène comme une tendance du principe fédéral à contrebalancer le principe démocratique et son dynamisme.

B/ La signification de la double majorité exigée pour la révision de la constitution

⁶⁴ Art. 195 : « La constitution révisée totalement ou partiellement entre en vigueur dès que le peuple et les cantons l'ont adoptée »

⁶⁵ Pour l'analyse détaillée de cette procédure et des nombreuses voies possibles de révision (la question centrale étant de savoir dans quelle mesure associer les Provinces [unités fédérées] à la révision, voir P. Hoog, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, 2001, chap. 4, pp. 61 et s.

⁶⁶ Voir les articles 41 et 43 de la Constitution modifiée en 1982.

⁶⁷ Y. Papadopoulos, « Connecting Minorities to the Swiss Federal system : a Frozen Conception of Representation and the Problem of "Requisite Diversity" », *Publius*, Vol. 32, n3, (Summer 2002), pp. 47-65. p. 59.

Le Louis Le Fur, éminent juriste français voit dans l'Article V de la constitution américaine la preuve selon laquelle la révision de la Constitution fédérale « dépend uniquement des Etats »⁶⁸. Il ajoute, cependant, qu'une telle disposition constitue un affermissement de l'union fédérale dans la mesure où « le consentement des deux tiers suffit » de sorte que « l'Etat fédératif cesse d'être dans la complète dépendance de ses membres »⁶⁹. Mais cette interprétation occulte la singularité du cas fédéral qui réside dans la nature particulière de cette double xx et dans sa finalité.

1/ On voudrait illustrer cette spécificité fédérale en creusant l'expression jusqu'à présent utilisée de « *double majorité* ». Ce qui compte, du point de vue strictement fédératif, est moins le degré de majorité exigé (qualifiée ou non) que les autorités compétentes pour l'exprimer. On note à ce propos que la révision du pacte fédératif dépend d'un double consentement : d'une part, celui de la fédération (par l'intermédiaire des chambres fédérales) et, d'autre part, des Etats-membres (par l'intermédiaire des chambres ou du peuple). On le voit aux Etats-Unis où, pour ce qui concerne l'initiative de la révision ou son adoption définitive, il faut obtenir une première majorité au niveau des chambres fédérales et, ensuite, une seconde majorité au niveau des Etats-membres, que ce soit des chambres fédérées ou des conventions constitutionnelles *ad hoc*⁷⁰.

En d'autres termes, s'il faut parler ici d'une *double* majorité, c'est au sens où elle est parce qu'elle est requise dans les *deux* sphères de la Fédération : la sphère fédérale et la sphère fédérée⁷¹. Cette double majorité se compose d'une majorité à la fois dans la sphère fédérale (1^{ère} majorité) et dans la sphère des Etats membres (2^{nde} majorité). Certes, elle est l'addition de deux majorités différentes (quel que soit d'ailleurs le degré de ces majorités), *mais ce qui compte, c'est la double source* dont elle émane, *fédérale et fédérée*. En effet, par le fait même qu'elle résulte de l'union d'entités politiques distinctes qui entendent le rester, toute Fédération est divisée en deux entités : la fédération d'une part, création artificielle du pacte fédératif, et, d'autre part, les Etats-membres qui sont les anciens Etats souverains ayant décidé de se fédérer

⁶⁸ L. Le Fur, *Etat fédéral et Confédération d'Etats*, thèse de droit 1896, rééd. Paris, éd. Panthéon-Assas (préface Ch. Leben), 2000, p. 218.

⁶⁹ *Ibid.* p. 218-219.

⁷⁰ Avec une exception, le texte prévoit une initiative par les législatures des Etats-membres (2/3), est ensuite une ratification par les Etats-membres (3/4), ce qui exclut ici les instances fédérales.

⁷¹ On n'utilise pas, sciemment, l'expression de « niveau » ou « degré » pour éviter de créer l'illusion hiérarchique selon laquelle le « niveau fédéral » serait « au-dessus » du niveau fédéré.

entre eux⁷². Plutôt que de parler de parler de double majorité, il vaudrait mieux selon nous, parler d'une *majorité composite* (*compound majority*), comme on parle d'ailleurs d'une république composite (*compound République*) pour désigner la république fédérale. Voilà la véritable spécificité de la majorité de révision dans une Fédération.

Cette règle de la majorité composite, en matière de révision, apparaît bien comme la règle de droit commun. On en veut pour preuve le précédent du rapatriement de la constitution canadienne en 1982. La question se posait de savoir si les Provinces canadiennes (Etats-membres de la Fédération) devaient y être associées à la révision issue de ce rapatriement de Londres, et si oui, sous quelle forme. Il n'y avait aucun texte régissant la matière, et c'est qui faisait l'intérêt juridique du problème. Le juge fédéral canadien, saisi en l'occurrence par le Québec, reconnut un droit coutumier aux Provinces (en raison de l'existence d'une convention de la Constitution) de participer à la révision, mais il refusa de subordonner celle-ci au consentement unanime de tous les Etats-membres. Toutefois, il laissa nettement entendre que la révision du pacte requérait également, dans la sphère provinciale, une majorité dont il prit cependant grand soin d'éviter la graduation :

« Sans exprimer d'opinion sur son degré, nous en venons à la conclusion que le consentement des Provinces du Canada, est constitutionnellement nécessaire à l'adoption du "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada" et que l'adoption de cette résolution sans ce consentement serait inconstitutionnelle au sens conventionnel »⁷³.

En d'autres termes, les autorités fédérales ne peuvent pas « unilatéralement » modifier la constitution de la Fédération⁷⁴. Le consentement des autorités fédérées doit être interprété comme un droit de veto, comme une « garantie procédurale négative »⁷⁵. Ainsi, en l'absence de texte, la règle de droit commun en matière de la révision est l'idée d'une « *majorité composite* » au sens défini plus haut.

2/ La seconde signification de cette majorité composite réside dans la *finalité politique* de ces règles de révision. Il faut ici partir de l'idée, déjà émise, qu'une constitution fédérale a pour

⁷² Voir, *Théorie de la Fédération*, 2008, chap. 4, pp. 139 s..

⁷³ Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

⁷⁴ Ce que fait justement observer P. Hoog, *op. cit.* p. n° 5.4, p. 124.

⁷⁵ Pour reprendre l'expression de Fabien Joly, dans sa thèse, *Fédéralisme et parlementarisme au Canada*, Thèse, Paris II, dactyl. 2007, p. 596.

objet de régir non seulement le fonctionnement des institutions fédérales, mais aussi les rapports entre la fédération et les Etats-membres. Or, pour la changer, nous dit Dicey, il faut une autorité qui soit située au-dessus des instances fédérales tout autant que des instances fédérées⁷⁶. Dès lors, si l'on veut conserver un certain équilibre entre la fédération et les Etats-membres – finalité politique de la Fédération – il faut éviter que la révision soit entre les mains de l'un des deux pôles de la Fédération, c'est-à-dire que l'un des deux ait la capacité de modifier unilatéralement la constitution fédérative. Prenant l'exemple américain, Dicey observe que si le Congrès révisait seul la Constitution, alors ce serait la mort du fédéralisme car l'Union deviendrait une « république unitaire »⁷⁷. C'est d'ailleurs exactement le même raisonnement que tenait Léon Duguit qui se désolait de voir que la doctrine positiviste de son époque s'était convertie à la doctrine de la « compétence de la compétence » en vertu de laquelle la sphère de compétence des Etats-membres pouvait être indéfiniment rognée par les révisions successives du pacte fédéral. Contre ces théories, Duguit défendait l'idée que le « principe fédéral » était indisponible⁷⁸ et que le pouvoir de révision n'était pas absolument illimité.

Vue sous cet angle, la double majorité qualifiée prend un autre sens : c'est une technique de décision certes, mais elle est destinée à protéger l'équilibre fédéral, l'équilibre entre fédération et Etats-membres. C'est une source de rigidité, mais comme on l'a vu, mais la rigidité constitutionnelle fait partie des réquisits d'une constitution fédérale⁷⁹. On ne peut donc pas comprendre l'exigence de cette majorité composite sans connaître la structure institutionnelle qui la détermine et l'explique.

⁷⁶ « *The law of the constitution must be either legally immutable, or else capable of being changed only by some authority above and beyond the ordinary legislative bodies, wether federal or state legislatures, existing under the constitution.* » (*Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., 1915, Liberty Fund p. 80.

⁷⁷ For so to vest legislative sovereignty would be inconsistent with the aim of federalism, namely, the permanent division between the spheres of the national government and of the several States. If Congress could legally change the Constitution, New York and Massachussetts would have no legal guarantees for the amount of independence reserves to them under the constitution. ∴ (..) the Union would cease to be a federal state, and would become a unitarian republic." *Op. cit.* Liberty Fund p. 80.

⁷⁸ V. notamment *Études de droit public*, t. II : *L'État, les gouvernants et les agents*, (1903) rééd. Paris, Dalloz, 2004, p. 762-763.

⁷⁹ V. une fois encore Dicey, « The constitution of a federal state must, as we have seen, generally be not only a written but a rigid constitution, that is a constitution which cannot be changed by an ordinary process of legislation. » *Op. cit.* p. 99.

I - De cette étude sur le couple unanimité/majorité dans une Fédération ressortent deux conclusions claires de portée inégale pour une théorie de la Fédération :

1°/ Dans toute sa pureté théorique, la notion de pacte fédératif implique plutôt l'unanimité. Néanmoins, l'examen du droit positif révèle, d'une part, que la règle de la majorité apparaît même au moment de la conclusion du pacte fédératif, - ce qui est paradoxal – et d'autre part, que la révision du pacte fédératif donne une place encore plus importante à la majorité lorsque la Fédération se consolide.

2°/ La seconde leçon est probablement de plus grande portée pour la théorie de la Fédération. Le programme du colloque présentait la majorité dans un cadre fédéral comme une « double majorité », s'appliquant à la fois « au niveau des individus et au niveau des Etats-membres ». Or, selon nous, dans une Fédération, l'opposition structurelle est moins celle entre individus/Etats qu'entre fédération/Etats membres. La majorité composite ne fait que refléter la structure dualiste de toute Fédération – divisée entre les Etats-membres et la fédération qu'ils ont créée.

II - Un dernier point mérite d'être souligné : la liste des exemples qui illustrent ici la structure dualiste de la Fédération n'est pas exhaustive. La contrainte de la structure dualiste pèse aussi sur les élections, et le cas de l'élection du président des Etats-Unis est un cas topique de la singularité fédérale. La structure fédérale aux Etats-Unis a imposé, dès l'origine, un Collège électoral constitué de membres désignés au sein des Etats-membres. Ce collège de « grands électeurs » qui élisait à l'origine indirectement le Président des Etats-Unis, témoigne d'une « reconnaissance partielle des Etats ». Comme l'a remarquablement expliqué Carl Friedrich, aux Etats-Unis, le « Président est élu non pas par une majorité de l'ensemble du pays (..), mais par une majorité de majorités dans les Etats »⁸⁰. Cette « *majorité de majorités* » montre que l'aire de référence, par rapport à laquelle on calcule lequel des deux candidats est majoritaire, est l'aire territoriale de l'Etat fédéré, et non de l'Union. C'est la raison pour laquelle Bruce Ackerman a considéré, après l'élection si controversée de George Bush en 2001, que ce mode d'élection était anachronique parce qu'il entérinait le principe suivant : « *chaque Etat compte – et non chaque électeur* »⁸¹. Ce contraste entre la constitution de 1787, la lettre écrite, et la constitution vivante est frappante car l'on sait que le principe démocratique moderne est justement « *one man, one*

⁸⁰ C. Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958. p. 183

⁸¹ « Anatomie du coup d'Etat constitutionnel américain », *Le Monde* 27 fév. 2001.

vote ». Or, le système américain l'élection du Président sacrifie le principe démocratique au profit du principe fédéral ou du « rituel fédéraliste » pour reprendre l'expression de Bruce Ackerman⁸². On termine cette conférence par cette idée finalement perturbante que, dans certains cas, le principe fédéral peut se trouver en contradiction avec le principe démocratique. Mais c'est ce qu'on avait déjà vu à propos de la discordance de majorités lors de la révision en Suisse.

⁸² Ibid.