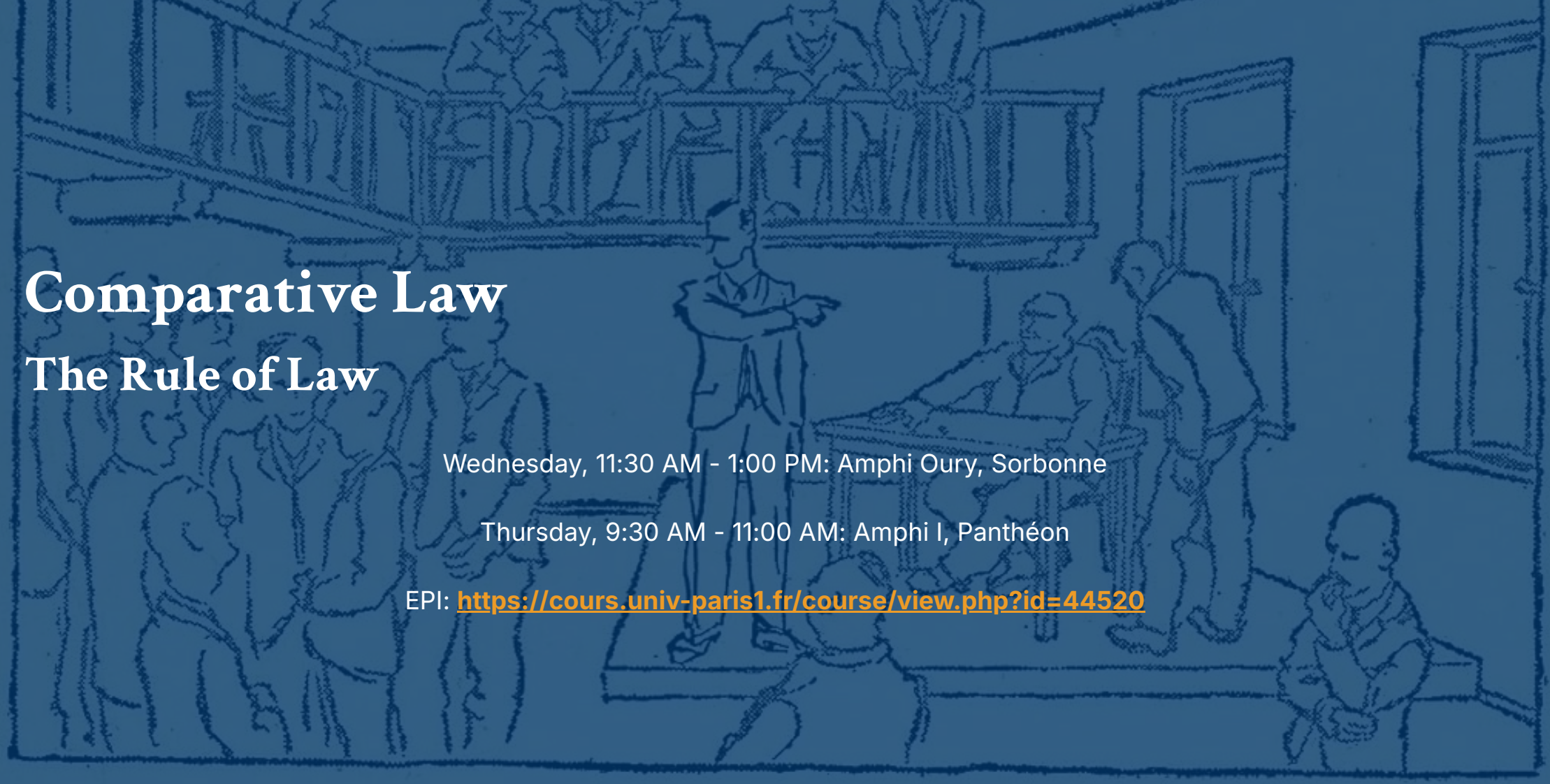


Comparative Law

The Rule of Law

Wednesday, 11:30 AM - 1:00 PM: Amphi Oury, Sorbonne

Thursday, 9:30 AM - 11:00 AM: Amphi I, Panthéon

EPI: https://cours.univ-paris1.fr/course/view.php?id=44520

BY

What is the Rule of Law?

The rule of law asserts that all individuals and institutions—including state authorities—are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced, and independently adjudicated. While **formal legality** constitutes 'the core attribute of rule of law,' (Moller) different conceptions of the rule of law coexist in the literature.

Formal/Thin Definition

Focuses on procedural aspects: laws must be clear, stable, prospective, and applied equally.

This thin definition prioritises legality and proper enactment, regardless of the ethical content of the laws themselves.

Often associated with scholars like Joseph Raz.

Substantive/Thick Definition

Integrates fundamental human rights, justice, and moral values into the concept.

Argues that a system can only uphold the rule of law if its laws are not only procedurally correct but also inherently just and protective of individual liberties.

Translation Issue: Article 2 TEU

French version

L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de **l'État de droit**, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités.

English version

The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the **rule of law** and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities.

German version

Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, **Rechtsstaatlichkeit** und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören.

The Rule of Law on an International Level

The United Nations General Assembly (UNGA) has repeatedly affirmed the importance of the rule of law, for example in Res. 61/39, adopted on 18 December 2006:

> *The General Assembly*,
>
> *Reaffirming* its commitment to the purposes and principles of the Charter of the United Nations and international law, which are indispensable foundations of a more peaceful, prosperous and just world, and reiterating its determination to foster strict respect for them and to establish a just and lasting peace all over the world,
>
> *Reaffirming* also that **human rights, the rule of law and democracy** are interlinked and mutually reinforcing and that they belong to the **universal and indivisible core values and principles of the United Nations**,
>
> *Reaffirming* further the need for universal adherence to and implementation of the rule of law at both the national and international levels and its solemn commitment to an **international order based on the rule of law and international law**, which together with the principles of justice, is essential for peaceful coexistence and cooperation among States

The Venice Commission on the Rule of Law

The European Commission for Democracy through Law, commonly known as the Venice Commission, is an advisory body of the Council of Europe. Its "Rule of Law Checklist" serves as a benchmark, outlining key elements for assessing a country's adherence to the rule of law.

1 **Legality**

Actions must conform to established law.

2 **Legal Certainty**

Laws must be clear, accessible, and predictable.

3 **Prevention of Abuse of Power**

Mechanisms to prevent arbitrary actions by public authorities.

4 **Equality Before the Law**

All individuals are subject to the same laws, impartially applied.

5 **Access to Justice**

Effective access to independent and impartial courts.

II. BENCHMARKS

A. Legality[16]

1. Supremacy of the law

Is supremacy of the law recognised?

i. Is there a written Constitution?
ii. Is conformity of legislation with the Constitution ensured?
iii. Is legislation adopted without delay when required by the Constitution?
iv. Does the action of the executive branch conform with the Constitution and other laws?[17]
v. Are regulations adopted without delay when required by legislation?
vi. Is effective judicial review of the conformity of the acts and decisions of the executive branch of government with the law available?
vii. Does such judicial review also apply to the acts and decisions of independent agencies and private actors performing public tasks?
viii. Is effective legal protection of individual human rights vis-à-vis infringements by private actors guaranteed?

The Venice Commission Checklist (Excerpt)

A. Legality

1. Hard Law

ECHR Articles 6ff, in particular 6.1, 7, 8.2, 9.2, 10.2 and 11.2

EU, Charter of Fundamental Rights of the EU (2009), Article 49 (concerning the principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties)
http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

UN, ICCPR Articles 14ff, in particular 14.1, 15, 18.3, 19.3, 21; 22.3

UN, International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Article 4 (emergency derogations must be strict), 15 (nullum crimen, nullum poena)
http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3aa0.pdf

The Interplay of Rule of Law and Democracy

The Rule of Law and democracy are most often thought to go together.

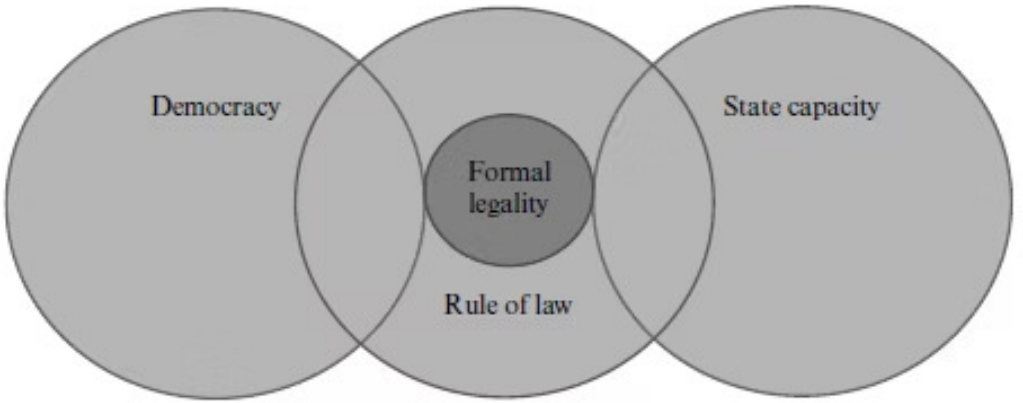


Figure 1.2 Formal legality, the rule of law, and overlaps with neighbouring concepts

Source: Møller J, *in Handbook on the Rule of Law*, Elgar, 2018, 29.

The Rule of Law in France: Historical Developments

French Revolution (1789)

1

French Revolutionaries imposed the idea that sovereignty went to the people, and not the monarch; it also established the *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*.

Later Developments

2

France went through different political regimes during the 19th century, struggling to achieve the Revolutionary ideals. It eventually became a parliamentary regime, dominated by the legislative branch of government until 1958.

Rule of Law in the 5th Republic

3

The 1958 Constitution aims at creating a 'parlementarisme rationalisé' often described as 'semi-presidentialism'. Rule of law constitutes an overarching principle.

The Rule of Law in the UK: Historical Developments

Magna Carta (1215)

This document forced the King to accept limits on his power, affirming rights such as fair trial and protection from arbitrary imprisonment (Chapters 39 & 40).

1

2

Key Developments

Further developments include the Petition of Right (1628), the Bill of Rights (1689), and the Act of Settlement (1701) cemented parliamentary sovereignty and judicial independence, limiting the monarch's power.

'One of the two pillars of UK Constitution'

In the 19th century, Dicey articulated the rule of law as a pillar of the UK constitution, along with parliamentary sovereignty.

3

Contemporary Challenges to the Rule of Law

EU Member States Constitutional Crises

Concerns have emerged in several EU member states, notably Poland and Hungary, where reforms impacting judicial independence and media freedom have led to disputes with European Union institutions.

Public Discourse in France

Former Interior Minister B. Retailleau said 'l'Etat de droit' is not 'intangible' nor 'sacred'; prominent politicians found guilty in courts for breaking the law accused the judiciary of interference in the political process.

US Latest Developments

Recent actions by the Administration go against basic principles of the rule of law:

- Disregard for legal procedures and for international law;
- Violation of due process.

Democracy Against the Rule of Law?



C'est le même président qui a démantelé les institutions démocratiques, dissous le Parlement et tenu, en 2023, un discours ouvertement raciste sur les migrants et les migrantes subsahariens qui ose reprocher à une organisation fémi-

frappe les militantes féministes, mais aussi toutes celles qui œuvrent au quotidien pour renverser les structures d'un patriarcat que Kaïs Saïed, dans son exercice du pouvoir, incarne à la perfection, un patriarche d'Etat, parlant au nom du

AUX CAMPAGNES DE DIFFAMATION. ELLE SURVIVRA ENCORE

années 1980, elle fut l'émanation d'un groupe de femmes courageuses qui décidèrent de rompre avec le féminisme institutionnel de Bourguiba (1903-2000). Sous le slogan *« Nous-mêmes, par*

des femmes démocrates, directrice du bureau Afrique du Nord - Moyen-Orient de la Fédération internationale pour les droits humains

Eleonora Bottini Le redécoupage électoral en Californie est une victoire pour la démocratie mais pas pour l'Etat de droit

La professeure de droit public évoque la proposition 50, une réforme de la carte électorale californienne approuvée par référendum, le 4 novembre, et dont l'adoption l'inquiète

Le 4 novembre, les électeurs californiens ont approuvé la proposition 50, une réforme de la carte électorale qui devrait permettre aux démocrates de gagner cinq sièges supplémentaires à la Chambre des représentants lors des prochaines élections de mi-mandat. Dans un climat politique polarisé, beaucoup y voient le signe encourageant d'un sursaut démocratique face aux dérives populistes et autoritaires d'une partie du camp républicain. Le résultat est très net – 64 % des suffrages exprimés en faveur du texte – et la participation de 44 % est élevée pour un scrutin spécial organisé hors cycle présidentiel et législatif.

Au chapitre des bonnes nouvelles, la proposition 50 peut d'abord être saluée pour sa dimension participative. Au lieu d'être décidée par un législateur dominé par les démocrates, comme cela avait été fait cet été au Texas dans une réforme similaire en faveur des républicains, elle a été soumise au vote populaire. Ce choix renoue, dans une période de crise de la représentation, avec une aspiration croissante à la démocratie directe et à la réappropriation citoyenne des institutions. Alors que le sentiment d'impuissance politique alimente la défiance envers les élus, permettre aux électeurs de se prononcer directement apparaît comme un geste symbolique fort.

Objection juridique majeure

On peut aussi y voir l'expression d'une « démocratie militante », au sens développé par la doctrine constitutionnelle allemande : l'idée qu'une démocratie peut restreindre temporairement certains droits et limiter certains principes pour se protéger de ceux qui entendent la détruire de l'intérieur. Dans cette perspective, la réforme californienne pourrait être comprise comme une autodéfense démocratique : un acte par lequel les institutions choisissent de se prémunir contre les forces illibérales qui exploitent les règles du jeu démocratique pour mieux les subvertir.

L'histoire récente regorge d'exemples qui justifient une telle prudence. En Hongrie comme en Pologne, des gouvernants ont transformé les leviers institutionnels en outils partisans. Gavin Newsom, le gouverneur de Californie, en se donnant les moyens de résister à ces dérives, revendique une forme de réalisme politique : répondre au cynisme par la lucidité, à l'arsenal des populistes par une défense organisée du camp démocratique.

> LA FRONTIÈRE ENTRE LA DÉFENSE DE LA DÉMOCRATIE ET SA DÉFORMATION PROCÉDURALE DEVIENT DE PLUS EN PLUS POREUSE

Pourtant, ce qui s'annonce comme une victoire pour la démocratie pourrait bien constituer une mauvaise nouvelle pour l'Etat de droit. En effet, sa justification politique se heurte à une objection juridique majeure. En rompant avec la coutume constitutionnelle qui réserve le redécoupage électoral à une commission bipartisane indépendante, le gouverneur et la majorité démocrate californienne violent le principe fondamental de la neutralité procédurale. L'argument du *« combat du feu par le feu »* – puisque les républicains ont usé des mêmes méthodes au Texas, au Missouri et en Caroline du Nord – peut séduire sur le plan stratégique.

Cependant, l'Etat de droit implique que le pouvoir public se soumette aux règles qu'il édicte, y compris lorsque celles-ci restreignent sa propre action. Il commande d'accepter, le cas échéant, des décisions contre-majoritaires, lorsque la majorité – même démocratiquement élue – agit en contradiction avec les principes constitutionnels. C'est cette exigence d'autolimitation qui distingue la démocratie constitutionnelle de la simple loi du nombre. Or, la logique du *« puisque les autres l'ont fait »* engage la politique américaine sur une pente dangereuse : celle où la légalité devient un instrument malléable ajusté aux intérêts partisans du moment. Les républicains, d'ailleurs, ont déjà saisi la justice pour demander l'annulation de la proposition.

Logiques antagonistes

Les démocrates répliquent qu'ils agissent par légitime défense institutionnelle : ils ne font que répondre à une offensive méthodique de manipulation électorale. Cet argument, s'il reflète une vérité chronologique, n'en demeure pas moins fragile sur le plan normatif. A force de s'autojustifier par le comportement de l'adversaire, chaque camp alimente une spirale de réciprocité qui sape la confiance dans le jeu électoral lui-même.

De ce point de vue, la réforme californienne offre un paradoxe. Elle rassure les Européens inquiets de la montée de l'illibéralisme aux Etats-Unis : l'opposition à Donald Trump s'incarne dans des actes concrets, au lieu de se cantonner aux déclarations de principes. Mais elle devrait aussi les inquiéter : la frontière entre la défense de la démocratie et sa déformation procédurale devient de plus en plus poreuse. On risque d'atteindre un point de bascule où les élections, même régulières, ne seront plus considérées comme légitimes, car jugées biaisées par des logiques partisanes antagonistes.

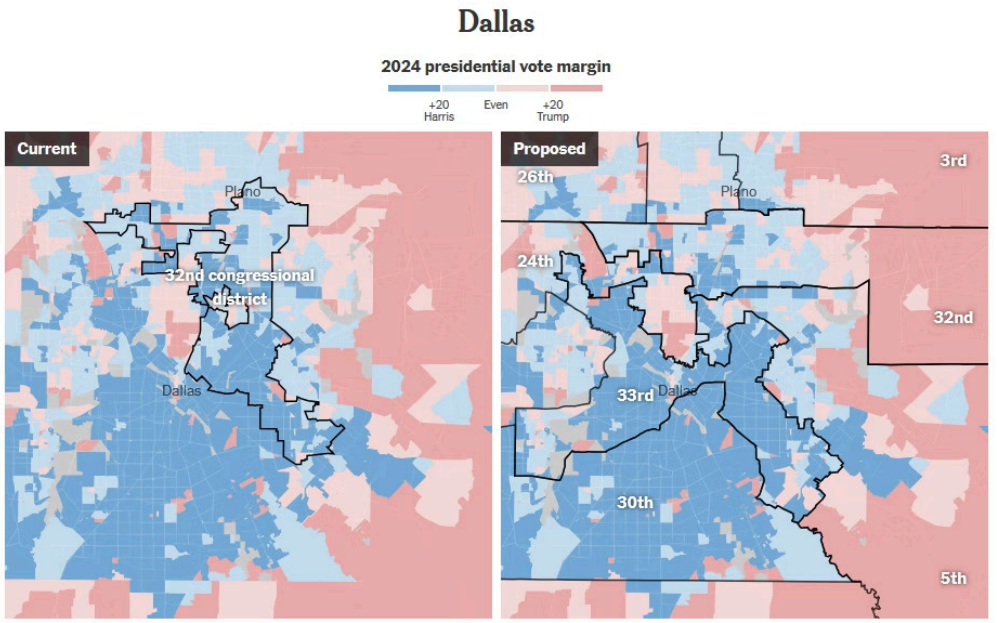
Le dilemme californien illustre ainsi un enjeu plus vaste : comment concilier la défense de la démocratie et le respect de l'Etat de droit ? La première s'appuie sur la volonté populaire, la seconde sur la contrainte juridique. A court terme, la proposition 50 peut apparaître comme un rempart contre l'illibéralisme. A long terme, elle risque d'instaurer une démocratie de l'urgence, où l'exception devient la règle et où tout semble permis au nom de la gravité du moment.

Certes, la situation actuelle est exceptionnelle. Mais elle soulève une question décisive : comment revenir à la normalité constitutionnelle ? Et même, est-ce encore possible ? Ce dilemme rappelle celui que traverse aujourd'hui la Pologne : peut-on violer l'Etat de droit pour mieux le restaurer après une période illibérale ? A vouloir défendre la démocratie par la transgression de ses propres principes, on prend le risque de la sauver contre elle-même. Et dans l'Amérique d'aujourd'hui, le danger le plus profond n'est peut-être pas que les élections soient truquées, mais que les citoyens ne croient plus en leurs résultats. ■

Eleonora Bottini *est professeure de droit public à l'université Caen-Normandie et chargée de recherche au Georgetown Center for the Constitution*



Gerrymandering in Texas



Gerrymandering in Texas

Gerrymandering is the manipulation of electoral district boundaries to favour a particular political party or group.

Rucho v. Common Cause (2019)

This US Supreme Court case addressed whether partisan gerrymandering claims are justiciable in federal courts. The Court ruled 5-4 that federal courts lack the authority to hear such cases, deeming them "political questions". It made a distinction between racial gerrymandering and partisan gerrymandering. To the Supreme Court, partisan gerrymandering is not an issue of fair representation or 'one-persone-one-vote'.

18 November 2025: a Federal Court blocks Texas' new map

21 November 2025: US Supreme Court Justice S. Alito issues a temporary stay allowing Texas to use the new map pending further review by the full Supreme Court

Gerrymandering in California



California voted to override the state's independent redistricting commission and adopt new district boundaries designed to cancel out gerrymandering in other states.

Opponents have filed a lawsuit against this law.

Democracy Against the Rule of Law?



C'est le même président qui a démantelé les institutions démocratiques, dissous le Parlement et tenu, en 2023, un discours ouvertement raciste sur les migrants et les migrantes subsahariens qui ose reprocher à une organisation fémi-

frappe les militantes féministes, mais aussi toutes celles qui œuvrent au quotidien pour renverser les structures d'un patriarcat que Kaïs Saïed, dans son exercice du pouvoir, incarne à la perfection, un patriarche d'Etat, parlant au nom du

AUX CAMPAGNES DE DIFFAMATION. ELLE SURVIVRA ENCORE

années 1980, elle fut l'émanation d'un groupe de femmes courageuses qui décidèrent de rompre avec le féminisme institutionnel de Bourguiba (1903-2000). Sous le slogan *« Nous-mêmes, par*

des femmes démocrates, directrice du bureau Afrique du Nord - Moyen-Orient de la Fédération internationale pour les droits humains

Eleonora Bottini Le redécoupage électoral en Californie est une victoire pour la démocratie mais pas pour l'Etat de droit

La professeure de droit public évoque la proposition 50, une réforme de la carte électorale californienne approuvée par référendum, le 4 novembre, et dont l'adoption l'inquiète

Le 4 novembre, les électeurs californiens ont approuvé la proposition 50, une réforme de la carte électorale qui devrait permettre aux démocrates de gagner cinq sièges supplémentaires à la Chambre des représentants lors des prochaines élections de mi-mandat. Dans un climat politique polarisé, beaucoup y voient le signe encourageant d'un sursaut démocratique face aux dérives populistes et autoritaires d'une partie du camp républicain. Le résultat est très net – 64 % des suffrages exprimés en faveur du texte – et la participation de 44 % est élevée pour un scrutin spécial organisé hors cycle présidentiel et législatif.

Au chapitre des bonnes nouvelles, la proposition 50 peut d'abord être saluée pour sa dimension participative. Au lieu d'être décidée par un législateur dominé par les démocrates, comme cela avait été fait cet été au Texas dans une réforme similaire en faveur des républicains, elle a été soumise au vote populaire. Ce choix renoue, dans une période de crise de la représentation, avec une aspiration croissante à la démocratie directe et à la réappropriation citoyenne des institutions. Alors que le sentiment d'impuissance politique alimente la défiance envers les élus, permettre aux électeurs de se prononcer directement apparaît comme un geste symbolique fort.

Objection juridique majeure

On peut aussi y voir l'expression d'une « démocratie militante », au sens développé par la doctrine constitutionnelle allemande : l'idée qu'une démocratie peut restreindre temporairement certains droits et limiter certains principes pour se protéger de ceux qui entendent la détruire de l'intérieur. Dans cette perspective, la réforme californienne pourrait être comprise comme une autodéfense démocratique : un acte par lequel les institutions choisissent de se prémunir contre les forces illibérales qui exploitent les règles du jeu démocratique pour mieux les subvertir.

L'histoire récente regorge d'exemples qui justifient une telle prudence. En Hongrie comme en Pologne, des gouvernants ont transformé les leviers institutionnels en outils partisans. Gavin Newsom, le gouverneur de Californie, en se donnant les moyens de résister à ces dérives, revendique une forme de réalisme politique : répondre au cynisme par la lucidité, à l'arsenal des populistes par une défense organisée du camp démocratique.

> LA FRONTIÈRE ENTRE LA DÉFENSE DE LA DÉMOCRATIE ET SA DÉFORMATION PROCÉDURALE DEVIENT DE PLUS EN PLUS POREUSE

Pourtant, ce qui s'annonce comme une victoire pour la démocratie pourrait bien constituer une mauvaise nouvelle pour l'Etat de droit. En effet, sa justification politique se heurte à une objection juridique majeure. En rompant avec la coutume constitutionnelle qui réserve le redécoupage électoral à une commission bipartisane indépendante, le gouverneur et la majorité démocrate californienne violent le principe fondamental de la neutralité procédurale. L'argument du *« combat du feu par le feu »* – puisque les républicains ont usé des mêmes méthodes au Texas, au Missouri et en Caroline du Nord – peut séduire sur le plan stratégique.

Cependant, l'Etat de droit implique que le pouvoir public se soumette aux règles qu'il édicte, y compris lorsque celles-ci restreignent sa propre action. Il commande d'accepter, le cas échéant, des décisions contre-majoritaires, lorsque la majorité – même démocratiquement élue – agit en contradiction avec les principes constitutionnels. C'est cette exigence d'autolimitation qui distingue la démocratie constitutionnelle de la simple loi du nombre. Or, la logique du *« puisque les autres l'ont fait »* engage la politique américaine sur une pente dangereuse : celle où la légalité devient un instrument malléable ajusté aux intérêts partisans du moment. Les républicains, d'ailleurs, ont déjà saisi la justice pour demander l'annulation de la proposition.

Logiques antagonistes

Les démocrates répliquent qu'ils agissent par légitime défense institutionnelle : ils ne font que répondre à une offensive méthodique de manipulation électorale. Cet argument, s'il reflète une vérité chronologique, n'en demeure pas moins fragile sur le plan normatif. A force de s'autojustifier par le comportement de l'adversaire, chaque camp alimente une spirale de réciprocité qui sape la confiance dans le jeu électoral lui-même.

De ce point de vue, la réforme californienne offre un paradoxe. Elle rassure les Européens inquiets de la montée de l'illibéralisme aux Etats-Unis : l'opposition à Donald Trump s'incarne dans des actes concrets, au lieu de se cantonner aux déclarations de principes. Mais elle devrait aussi les inquiéter : la frontière entre la défense de la démocratie et sa déformation procédurale devient de plus en plus poreuse. On risque d'atteindre un point de bascule où les élections, même régulières, ne seront plus considérées comme légitimes, car jugées biaisées par des logiques partisanes antagonistes.

Le dilemme californien illustre ainsi un enjeu plus vaste : comment concilier la défense de la démocratie et le respect de l'Etat de droit ? La première s'appuie sur la volonté populaire, la seconde sur la contrainte juridique. A court terme, la proposition 50 peut apparaître comme un rempart contre l'illibéralisme. A long terme, elle risque d'instaurer une démocratie de l'urgence, où l'exception devient la règle et où tout semble permis au nom de la gravité du moment.

Certes, la situation actuelle est exceptionnelle. Mais elle soulève une question décisive : comment revenir à la normalité constitutionnelle ? Et même, est-ce encore possible ? Ce dilemme rappelle celui que traverse aujourd'hui la Pologne : peut-on violer l'Etat de droit pour mieux le restaurer après une période illibérale ? A vouloir défendre la démocratie par la transgression de ses propres principes, on prend le risque de la sauver contre elle-même. Et dans l'Amérique d'aujourd'hui, le danger le plus profond n'est peut-être pas que les élections soient truquées, mais que les citoyens ne croient plus en leurs résultats. ■

Eleonora Bottini *est professeure de droit public à l'université Caen-Normandie et chargée de recherche au Georgetown Center for the Constitution*

Comparative Electoral Districting

France

- National Assembly districts based on "departments."
- Prioritizes population equality and geographical continuity.
- Constitutional Council ensures fairness, respecting local units.
- Districts mostly align with administrative divisions.

United Kingdom

- Independent Boundary Commissions review constituencies.
- Aims for equal registered voters (max 5% deviation).
- Considers geography, local boundaries, and communities.
- Process includes public consultations.

Germany

- Mixed-member proportional system for Bundestag.
- Electoral districts (Wahlkreise) based on state population.
- Districts align with administrative divisions.
- Aims for equal constituencies, balanced with proportional representation.

Montesquieu and the Separation of Powers

Montesquieu's Vision

In "The Constitution of England" (Book XI, chapter 6), Montesquieu detailed the separation of legislative, executive, and judicial powers. He exposed principles he thought were present in the British model, while claiming he was not concerned whether the British actually enjoyed political liberties.

Montesquieu's Influence

William Blackstone, in his "Commentaries on the Laws of England" (1765-1769), echoed Montesquieu's principles.

James Madison, one of the Founding Fathers, quoted Montesquieu as a major influence for the US Constitution.

Separation or Balance of Powers?

Exceptions to the Separation of Legislative and Judicial Authorities in *L'Esprit des Lois*

1

Special Treatment for Nobility

The assembly of noblemen called to perform legislative functions should also judge noblemen.

2

'Moderating the Law in Favour of the Law Itself'

An intervention of the legislative power into judicial territory is justified to mitigate overly severe sentences ('legislative pardon'?).

3

Punishing Crimes Committed in Office

Official misconduct should lead to a trial before the legislative assembly, not before ordinary courts (English impeachment).

'Moderating the Law in Favour of the Law' Today

Executive Clemency and Pardons

In the US, France, and UK, it is in fact the the executive branch which holds the power to grant pardons or royal mercy. In France, it goes back to the *ancien régime*, as the King was 'source of justice' and could therefore pardon offenses.

Judicial Proportionality Test

Since more than a decade, French Courts have been controlling whether the application of a valid rule in a particular case would lead create a disproportionate restriction of the fundamental rights of the parties involved. If this is the case, the rule itself is not invalidated, but it is not applied to the individual case.

Most recent examples: 2 decisions by the Paris Court of Appeal, 12 October 2025, 24/10294 and 23/13317.

Official Misconduct: Accountability Mechanisms

Official misconduct may be prosecuted though special procedures that often involve legislative oversight rather than ordinary judicial processes.

Nature of the Offence

Misconduct by public officials often typically involve abuse of power, corruption, or serious constitutional violations.

Legislative Impeachment

Historical and contemporary systems, such as English impeachment, vest the power to try officials for misconduct in the legislative body.

Purpose of Accountability

These special procedures serve to safeguard the integrity of government, ensure accountability of high office, and protect the constitutional order from internal threats.

The US Constitution

The foundational document of the United States, ratified in 1788, establishes the framework for the federal government and guarantees the rights of its citizens.



Popular Representation

Preamble: "We, the People..."

Article VII addresses the ratification of the Constitution.



Federalism

Articles IV - VI deal with relations between the States and the Federation, State law and Federal law.



Horizontal Separation of Powers

The distribution of powers to different branches of government at the federal level is apparent in Art. I to III.

Branches of Government in the US Constitution



Legislative Branch

Article I of the US Constitution establishes Congress, composed of the Senate and the House of Representatives, granting it the power to enact laws, declare war, and confirm appointments.



Executive Branch

Article II vests executive power in the President, who serves as Commander-in-Chief of the armed forces, enforces laws, and conducts foreign policy.



Judicial Branch

Article III establishes the Supreme Court and lower federal courts, empowering them to interpret laws, apply them to specific cases, and ensure their constitutionality through judicial review.

Notable Amendments to the US Constitution

1791: Bill of Rights

The first ten amendments guarantee fundamental civil liberties, including freedoms of speech, religion, and the press, and the right to bear arms.

1865-1870: Reconstruction Amendments

Abolition of slavery (13th amendment); US citizenship as *jus soli* and equal protection of the laws (14th); no discrimination in voting rights (15th).

1920: 19th Amendment

Granted women the right to vote.

1951: 22nd Amendment

Expressly limits the President to two terms in office.

1971: 26th Amendment

Lowered the national voting age to 18.

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

"The Government of the United States has been emphatically termed **a government of laws, and not of men**. It will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right." (163)

Political Context

The case arose during a heated political transition. The outgoing administration, under John Adams, made last minutes appointments to judicial positions, which the incoming administration, led by Thomas Jefferson, sought to thwart.

The Case

William Marbury was appointed 'Justice of the Peace' by outgoing President John Adams. His commission was signed but not delivered before President Jefferson took office. Marbury petitioned the Supreme Court for a writ of mandamus to compel Secretary of State James Madison to deliver it.

The Ruling

Chief Justice John Marshall ruled that while Marbury had a right to his commission, the part of the Judiciary Act of 1789 that granted the Supreme Court original jurisdiction in such cases was unconstitutional; therefore it had no authority to grant the remedy.

Marbury v. Madison (1803)

Does Marbury Have a Right to Have the Official Seal Affixed to His Commission?

The Supreme Court first established that Presidential nominations to the position in question created a right, the existence of which could not be denied by other members of the Executive.

Could a Writ Be Granted?

The Supreme Court relied on English law to determine the conditions under which a writ of mandamus (order to a government official to perform an act she has a legal duty to perform) could be granted.

Does the Supreme Court Have the Authority to Grand the Writ?

The Supreme Court compares Art III, sect. 2 of the Constitution (on its own jurisdiction) with the provision of the Judiciary Act (1801) giving it original jurisdiction for such a case. It concludes that the latter is 'repugnant to the Constitution' as it is incompatible with Art. III. Therefore, the provision is void and as a result, the Supreme Court has no authority to grant the writ.

Justifications for Judicial Review

'A law repugnant to the Constitution is void': Why should courts examine the constitutionality of state law or federal law? In *Marbury v Madison*, Chief Justice Marshall gave a series of arguments for justifying the exercise of judicial review.

Textual Arguments

Marshall relies on the text of the Constitution to demonstrate that judicial review is a constitutional requirement. This argument is heavily context-specific.

Constitutional Supremacy

Marshall reasoned that the Constitution is paramount. If a law conflicts with the Constitution, that law is void, as the Constitution must govern. This argument is context-specific but could be generalised.

Judicial Duty

Not only do judges take an oath to apply the law, but it is also the "essence of judicial duty" to decide what rule should be applied, which implies judicial review. These arguments are specific to the US situation but also potentially applicable to other contexts.

Rule of Law?

The essential notions of the rule of law are essential to the ruling. Marshall considers the situation in which the Legislator would not be effectively subjected to the limits resulting from the Constitution. While this overlaps with the other arguments, there is a real connection between the rule of law and judicial review in the ruling.

Competing Models of Constitutional Supremacy

While the US system sees judicial review as a consequence of constitutional supremacy, other legal traditions have developed alternative mechanisms for safeguarding constitutional norms.



Judicial Review in the US

The judiciary gave itself he power to interpret the Constitution and strike down unconstitutional laws. Judicial review by ordinary courts is ultimately



Kelsenian Model

Hans Kelsen advocated a hierarchical legal system with the Constitution at its apex. Austria adopted a specialised Constitutional Court for abstract review, separate from ordinary courts, establishing centralised constitutional control.



Legislative Supremacy in the French System

Mechanisms to ensure the compliance of legislative acts with the constitution were non-existent at first but are now available under the French legal system.



The German Grundgesetz (1949)

- Opens with a catalogue of fundamental rights (Art. 1-19)
- Some principles are never up for revision (Art. 79)
- Federal Constitutional Court is 'guardian of the Constitution' (Art. 93)

The French Constitutional Council (1958)

1971: 'Liberté d'association' Decision

This decision expanded the scope of constitutional review to the 'bloc de constitutionnalité,' incorporating the Preamble of the Constitution, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (DDHC), and the 1946 Preamble.

1974: Parliamentary Referral

A constitutional reform was introduced, allowing 60 members of either the National Assembly or the Senate to refer a law to the Constitutional Council for review of its constitutionality (Article 61).

2008: Individuals Can Now Petition the Conseil constitutionnel (QPC)

A significant constitutional reform established the 'Question Prioritaire de Constitutionalité,' (application for a priority preliminary ruling on the issue of constitutionality) enabling any litigant to challenge the constitutionality of a law before the Council during judicial proceedings.

Political Questions Doctrine

Marbury v. Madison (1803) distinguishes between 'political questions' evading the jurisdiction of the courts and other questions that can be controlled by the judiciary.

> "Where the heads of departments are the political or confidential agents of the Executive, merely to execute the will of the President, or rather to act in cases in which the Executive possesses a constitutional or legal discretion, nothing can be more perfectly clear than that their acts are **only politically examinable**." (166)
>
> "The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court." (170)

Political Questions Doctrine

An influential formulation of the doctrine is found in Justice Brennan's majority opinion in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), in a redistricting case.

> "The non-justiciability of a political question is primarily **a function of the separation of powers**. [...] Deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is **a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution**." (211)

Political Questions Doctrine

An influential formulation of the doctrine is found in Justice Brennan's majority opinion in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), in a redistricting case.

> "Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question." (217)

Same-Sex Marriage in Constitutional Courts

Constitutional courts across different jurisdictions have played varied roles in the recognition of same-sex marriage, reflecting diverse legal traditions and approaches to judicial review.

United States: *Obergefell v. Hodges* (2015)

The Supreme Court held that the right to marry is guaranteed to same-sex couples by the Fourteenth Amendment, establishing marriage equality nationwide and concluding decades of legal battles.

Germany: Legislative Action (2017)

Following initial rulings on registered partnerships and adoption rights, full marriage equality was enacted through a parliamentary vote in 2017, rather than a direct constitutional court mandate.

France: 'Mariage pour tous' (2013)

The Conseil constitutionnel deferred to the legislature on the definition of marriage. Same-sex marriage was ultimately legalised by parliamentary act in 2013, after extensive public and political debate.

Same-Sex Marriage Within the EU

In Case C-713/23 (25 November 2025), the CJEU ruled on the recognition of same-sex marriages within the European Union.

> The Court ruled that a Member State has the obligation to recognise a marriage between two Union citizens of the same sex that has been lawfully concluded in another Member State where they have exercised their freedom to move and reside.

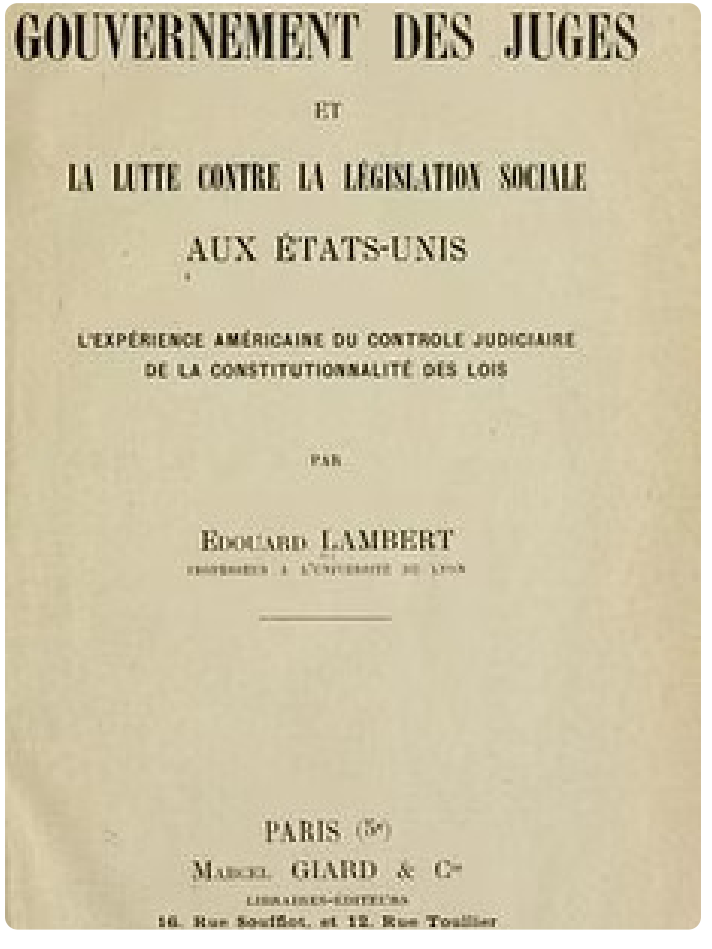
From 'Government by Judiciary' to 'Judicial Activism'

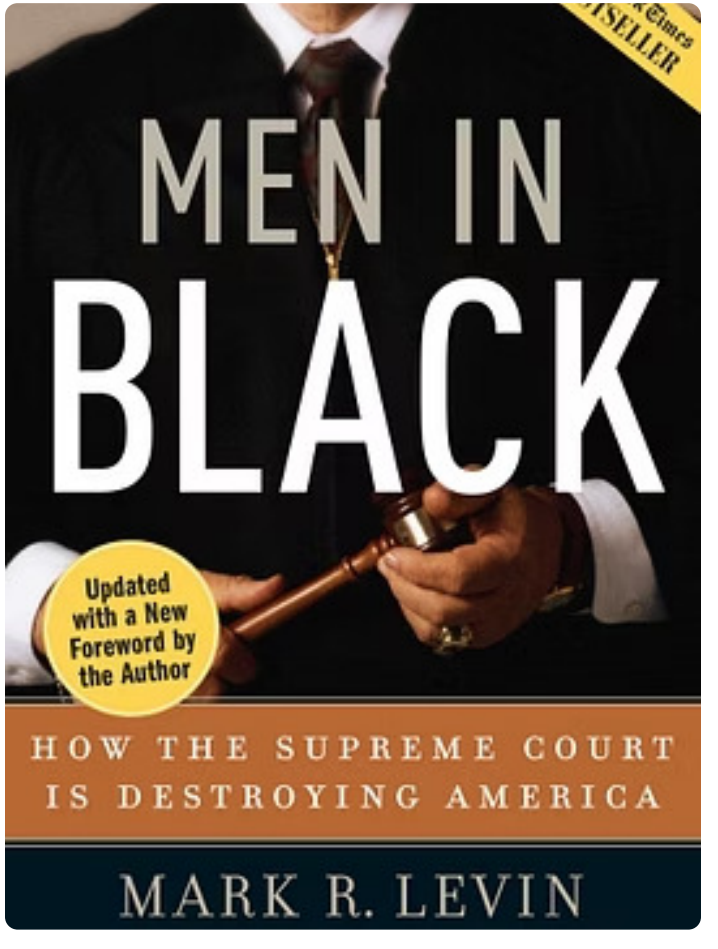
'Government by Judiciary' (Lochner Era)

This phrase often refers to a period in U.S. constitutional history (approx. 1897-1937) where courts, particularly the Supreme Court, frequently struck down economic regulations deemed to infringe on contractual freedoms, epitomized by cases like *Lochner v. New York* (1905).

'Judicial Activism' (1947)

The term "judicial activism" was coined by Arthur Schlesinger Jr., a prominent historian and political scientist, in a 1947 magazine article, to describe judges who were more willing than their colleagues to oversee the legislation.


GOUVERNEMENT DES JUGES
ET
LA LUTTE CONTRE LA LÉGISLATION SOCIALE
AUX ÉTATS-UNIS
L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE DU CONTROLE JUDICIAIRE
DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS
PAR
EDOUARD LAMBERT
PARIS (5e)
MARCEL GIARD & Cie
16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier


MEN IN
BLACK
Updated with a New Foreword by the Author
HOW THE SUPREME COURT IS DESTROYING AMERICA
MARK R. LEVIN

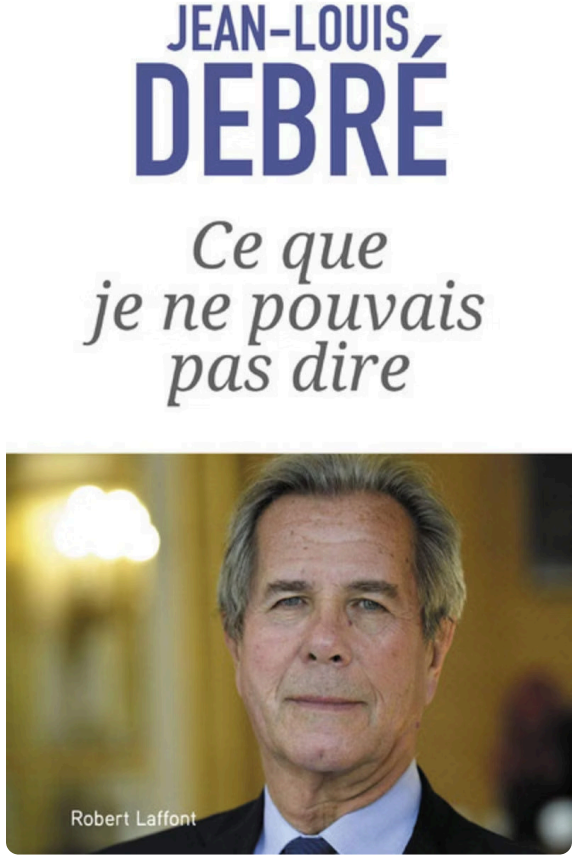

Bernd Rüthers
Die heimliche
Revolution
vom Rechtsstaat
zum Richterstaat
2. Auflage
Mohr Siebeck



The US Supreme Court



The French Conseil Constitutionnel



Jean-Louis Debré

Former President of the Conseil constitutionnel