

Titre

L'unité formelle de la production constitutionnelle
Retour sur un (faux) paradoxe de la théorie constitutionnelle

Résumé

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

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

Les seconds sont généralement plus réservés face à une théorie que le Doyen Vedel, notamment, estimait anti-démocratique. Ils ont à leur appui le droit positif actuel, et la décision 2003-469 DC du Conseil constitutionnel, ainsi que l'argument de « la révision de la révision » qui viendrait neutraliser toute discussion sur l'effectivité de la hiérarchie des normes constitutionnelles.

L'objectif de cette communication n'est pas de revenir sur ce débat éculé mais d'essayer d'identifier les difficultés, ou plutôt la difficulté, qui explique cette controverse. Il faudra certes revenir rapidement sur les raisons qui justifient la hiérarchie des normes constitutionnelles, tant du point de vue juridique que politique. Ceci étant posé, le théoricien ne peut que constater qu'à *la pluralité des pouvoirs de production constitutionnelle répond une unité formelle de la norme constitutionnelle*. Même lorsqu'on accepte qu'il existe une hiérarchie entre deux pouvoirs, celui constituant et celui de révision, cette hiérarchie ne produit pas deux catégories de normes, comme la hiérarchie entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire produit la loi et le règlement.

Autrement dit, les pouvoirs constituant et de révision aboutissent toujours à la même norme formelle, la constitution. Ils ne visent pas deux normes mais une seule. Là où la distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire est aisément compréhensible par la différence normative qu'elle induit entre la loi et le règlement, la différenciation entre le pouvoir constituant et celui de révision est donc, au premier abord, non-formelle. De plus, lorsque le pouvoir législatif produit une loi, il sera seul compétent pour venir la modifier. Comment se fait-il que la constitution doive être créée par le pouvoir constituant mais modifiée uniquement par le pouvoir de révision ?

Or, dans une démarche positiviste, la hiérarchie entre les normes et les pouvoirs qui les produisent ne peut être que formelle. D'où une certaine contradiction que rencontrent les auteurs favorables au contrôle de constitutionnalité des lois de révision, et qu'il sera nécessaire de dépasser par l'utilisation d'un critère matériel qui évite les difficultés épistémologiques posées par les doctrines jusnaturalistes ou matérialistes.