

LA JUSTICIABILITÉ DES LIMITES AU POUVOIR CONSTITUANT SOUS LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE

Propositions pour un contrôle du pouvoir de révision détenu par le Congrès

Didier Blanc

Maître de conférences en droit public

Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Ce n'est pas l'une des manifestations les moins étranges du droit constitutionnel contemporain que de relever qu'aucune des multiples réflexions engagées à l'encontre de la Constitution du 4 octobre 58, en particulier celles conduites à l'approche de son cinquantenaire¹, pas plus que l'ample réforme constitutionnelle adoptée le 21 juillet 2008², ne traitent des limites au pouvoir de révision de la Constitution. Si la doctrine s'attache à leur examen, c'est rarement pour déplorer leur défaut de justiciabilité³ et encore plus rarement pour explorer les voies d'un possible contrôle des lois constitutionnelles⁴.

Ces limites sont traditionnellement présentées suivant une distinction fondée sur leur nature. D'une part, la Constitution de 1958 contient trois limites qualifiées de circonstanciées ou de formelles : la première, issue de l'article 89 al. 4 C exclut la possibilité d'engager ou de poursuivre une révision « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire » ; la deuxième repose sur l'article 7 C *in fine*, laquelle a trait à l'hypothèse durant laquelle la Présidence de la République est vacante ou son titulaire définitivement empêché, les pouvoirs confiés dans le cadre de l'intérim ne permettent pas que soit mise en œuvre une révision de la Constitution⁵ ; enfin la troisième, d'origine jurisprudentielle, s'oppose à une révision lorsqu'il est fait application de l'article 16 C⁶.

À ces limites, est rapproché le cadre procédural défini par les trois premiers alinéas de l'article 89 C. D'autre part, la Constitution de 1958 prévoit une unique limite matérielle, exposée à l'article 89 al. 5 C en vertu duquel « La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet

¹ Cf. Rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Vème République plus démocratique*, Fayard, La Documentation française, 2007, ci-après Rapport Balladur. <http://www.comite-constitutionnel.fr/actualites/?mode=details&id=48>

² Par 539 voix pour, 357 voix contre, la majorité requise est de 538 voix. Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, JO n° 171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

³ *Contra* O. GOHIN : « Encore faudrait-il que l'exercice de la souveraineté par le pouvoir constituant dérivé, lequel, après tout, n'est qu'un pouvoir institué, fasse l'objet, un beau jour d'un tel contrôle ». La Constitution française contre les droits de l'Homme. Le précédent de la restriction du suffrage en Nouvelle-Calédonie, in *Mélanges PACTET, L'esprit des institutions. L'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 190.

⁴ En ce sens : L. FAVOREU, L'injusticiabilité des lois constitutionnelles, *RFDA*, n° 4, 2003, pp. 794-795 ; J.-E. SCHOETTL, Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? *Petites affiches*, 8 avril 2003, n° 70, pp. 21-22.

⁵ Toutefois, « la rédaction retenue donne à penser que le président par intérim pourrait prendre l'initiative d'une révision constitutionnelle (puisque'elle n'est interdite qu'entre le constat de l'empêchement *définitif* et l'élection, elle est autorisée tant que l'empêchement est provisoire) ce qui est pour le moins singulier ». G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Seuil, 2005, 7^e éd., p. 77.

⁶ Cf. Considérant 19 de la décision n°92-321 DC du 2 septembre 1992 (Maastricht II). *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993* (RJC I), L. FAVOREU, Litec, 1994, p. 506. Solution prônée par la doctrine (A. HAURIOU, J. GICQUEL, P. GÉLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1975, 6^e éd., p. 977) et défendue par le Conseil d'État dans l'arrêt Rubin de Servens du 2 mars 1962 au terme duquel il reconnaît au Président de la République des pouvoirs législatifs et réglementaires, mais non constitutionnels.

d'une révision »⁷. Sans s'attarder pour l'heure sur le caractère faussement évident de l'énoncé, il faut relever que cette limite - s'analysant davantage en une interdiction⁸ - s'adresse au pouvoir constituant dérivé ou institué, aussi appelé pouvoir de révision. C'est essentiellement sous son angle matériel que la limitation du pouvoir de révision sera examinée, étant entendu que la plupart des développements valant pour l'article 89 al. 5 C sont transposables aux limites formelles.

Le pouvoir constituant dont il est ici question n'est pas le pouvoir constituant originaire, mais dérivé, le « premier crée une nouvelle constitution » tandis que le second désigne les « organes de l'Etat qui ont été constitutionnellement habilités à réviser la constitution »⁹. Pour les besoins de la démonstration, la distinction n'implique pas nécessairement une relation hiérarchique entre le constituant originaire et dérivé, au bénéfice du premier, il s'agit simplement de désigner le destinataire des limites énoncées par la Constitution de 1958.

Si la doctrine, si les acteurs politiques ou les comités *ad hoc* font assaut d'inventivité s'agissant de l'article 89 C, singulièrement afin de contourner le veto sénatorial en la matière, nul n'aborde directement la limite matérielle qu'il contient en son alinéa 5 sous l'angle de sa justiciabilité. Une telle absence, si communément partagée doit avoir des racines multiples à la fois solides et profondes. La modestie de l'entreprise tout d'abord, comme le pensait L. DUGUIT¹⁰, les limites au pouvoir de révision de la Constitution ne sont qu'une barrière de papier, le constituant pouvant dans un premier temps réviser la Constitution afin de les supprimer, pour pouvoir valablement s'en affranchir dans un second temps. Évoquer ensuite l'existence de bornes au pouvoir constituant peut vouloir signifier que ce dernier est soumis à une volonté supérieure, « supraconstituante ». Dès lors, à côté de l'argument de « la révision de la révision », on rencontre le thème de la supra-constitutionnalité¹¹, de nature à faire naître le trouble précisément chez ceux dont la réflexion s'enroule à un niveau inférieur, celui de la Constitution. S'il y a supra-constitutionnalité, il y a nécessairement un « super constituant », or par définition, celui-ci est inaccessible à la pensée constituante. Enfin, au carrefour des motivations précédentes, le silence relatif aux limites du pouvoir constituant peut trouver sa source dans le fait qu'au fond elles n'intéressent pas le droit, impuissant qu'il est à répondre à des préoccupations d'ordre symbolique, politique ou méta-juridique. La normativité n'étant pas la marque première de ces limites, le juriste en s'en désintéressant ne ferait que suivre une inclinaison naturelle.

La charge cumulée de ces arguments ne suffit pas à nous distraire de l'objectif premier : assurer une justiciabilité aux limites du pouvoir de révision, précisément parce que chacun d'eux peut être combattu pied à pied et procède du raisonnement suivant : poser les termes du problème de manière à le rendre insoluble. Le premier argument, celui de la « révision de la révision », aussi prégnant soit-il, se place à un niveau autre que le nôtre ; *Vanitas vanitatum, et omnia vanitas*, il

⁷ De telles clauses existent dans d'autres systèmes juridiques : Chawki GADDES, Pouvoir constituant et les limites matérielles au pouvoir de révision, *Cinquièmes journées tuniso-françaises de droit constitutionnel, Le pouvoir constituant aujourd'hui*. http://www.atdc.org.tn/contributions/Gaddes_limites.pdf

⁸ Comme l'indique F. HOURQUEBIE en s'appuyant sur la décision du 2 septembre 1992, les limites formelles, renvoient à l'idée d'une simple limitation ; les limites de fond, matérielles, « se rapprochent des interdictions absolues de réviser ». Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites, in *Réimaginer les frontières du droit constitutionnel*, VIIème Congrès mondial de l'Association Internationale du Droit Constitutionnel, Athènes, 11-15 juin 2007, <http://www.enelsyn.gr/papers/w9/Paper%20by%20Fabrice%20Hourquebie.pdf>, pp. 3-4.

⁹ O. DUHAMEL, in *Dictionnaire constitutionnel*, O. DUHAMEL et Y. MÉNY (dir.), Paris, PUF, 1992, pp. 777-778. Pour une critique de la distinction : O. CAYLA, L'obscurité théorique du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable, in *L'architecture du droit, Mélanges Michel TROPER*, Economica, 2006, p. 251 et s.

¹⁰ *Traité de droit constitutionnel*, BOCCARD, t. 4, p. 540, cité par O. JOUANJAN, La forme républicaine du Gouvernement, norme supraconstitutionnelle ? in *La République en droit français*. Actes du colloque de Dijon, 10 et 11 décembre 1992, Economica, 1996, p. 274.

¹¹ Cf. S. ARNÉ, Existe-t-il des normes supraconstitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité, *RDJ*, 1993, p. 459 ; B. MATHIEU, La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? *Petites affiches*, 8 mars 1995, n° 29, p. 12.

souligne la contingence de l'œuvre constituante, mais n'empêche nullement de réfléchir à renforcer la portée juridique de ces limites. Le deuxième comme on le verra, peut être aisément contourné, ces limites peuvent être envisagées hors de la thèse d'une enveloppante supra-constitutionnalité. Enfin, la question de la portée de l'article 89 al. 5 a été, comme on le verra plus loin, renouvelée par la jurisprudence constitutionnelle au point que certains auteurs voient dans ce dispositif « une limitation constitutionnelle matérielle au pouvoir de révision » s'imposant « aux organes de l'État »¹².

L'affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle il « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »¹³, n'est pas de nature à vider de sa normativité l'article 89 al. 5, « l'incompétence du juge n'est pas la négation de la norme »¹⁴. Cette absence de titre à assurer la défense des limites édictées à l'encontre du pouvoir de révision constitue la raison suprême motivant la recherche d'un dispositif applicable, justement guidée par la volonté de prendre en considération la normativité de l'article 89 al. 5. Cette démarche se fonde non seulement sur la nécessité d'assurer la protection des limites mais également sur leur pertinence ; car à quoi bon vouloir sanctionner la violation de limites si celles-ci ne présentent que peu d'intérêts ? C'est l'une des objections fréquemment faites à l'encontre de la thèse de leur justiciabilité. Elle peut être levée par l'examen de l'essence même des limites au pouvoir de révision (I). Avant d'évoquer la manière dont les limites au pouvoir de révision peuvent être justiciables, il convient de convaincre de leur nécessité. Cette opération conduite, l'exposition des formes ayant pour fin l'existence de la justiciabilité des limites au pouvoir de révision finit par naturellement s'imposer (II).

I – Les justifications de la justiciabilité : l'essence des limites au pouvoir de révision

Les limites au pouvoir de révision ne retiennent guère l'attention des manuels de droit constitutionnel, la plupart y consacrant peu de développements¹⁵, quand ils ne dévient pas à l'article 89 al. 5 C toute portée juridique¹⁶. Ce faible intérêt illustre en creux, le peu de crédit fait aux limites, se voulant absolues, elles ne seraient que contingentes et relatives. Du constat découle une série d'objections émises à leur encontre (A). Une fois levées, les fondements de la justiciabilité des limites au pouvoir de révision peuvent être dégagés (B).

A) Les objections aux limites au pouvoir de révision

Les objections à la pertinence de limites au pouvoir de révision peuvent se classer en deux catégories. La première porte sur les limites en tant que telles (1), la seconde sur leur incapacité à être opposables au pouvoir de révision (2).

1) Contestation de la pertinence des limites au pouvoir de révision

Toute réflexion sur les limites au pouvoir de révision, une fois leur contenu exposé, se prolonge en général sur leur fragilité tenant au pouvoir que tient le constituant dérivé de modifier la Constitution. Suivant l'argument précédemment exposé de la « révision de la révision » dégagé par L. DUGUIT, il suffit au pouvoir constituant dérivé de les supprimer pour ensuite s'en libérer. Cette technique de la « double révision successive »¹⁷, défendue par une frange importante de la

¹² O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 285.

¹³ Considérant 2 de la décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003.

¹⁴ P. MOUZET, Le rapport de constitutionnalité. Les enseignements de la Vème République, *RDP*, 2007, n°4, p. 977.

¹⁵ Le manuel de D. G. LAVROFF est l'un de ceux échappant à la règle, il est vrai qu'il est principalement consacré à la Constitution de 1958, *Le droit constitutionnel de la V^o République*, Dalloz, 1999, 3^o éd., p. 112 et s.

¹⁶ J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, qualifient ces limites de « clauses d'interdiction (qui) ressortissent à une logique plus politique que juridique ». *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 2007, 21^o éd., p. 182.

¹⁷ B. GENEVOIS, Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant, *RFDA*, 1998, n°5, p. 916.

doctrine¹⁸, demeure contestée¹⁹, en particulier parce qu'elle relève du « sophisme. Les deux révisions constituent un tout indissociable et illicite puisque la première n'a pour objet que de rendre possible la seconde »²⁰. Il est permis de la réfuter plus largement grâce à un faisceau d'éléments.

Tout d'abord, le raisonnement du doyen de Bordeaux se situe dans un contexte juridique distinct du nôtre : celui de la III^{ème} République. Comme l'a amplement démontré R. CARRÉ DE MALBERG, ce régime se caractérise par une confusion entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant, puisque « l'adoption des lois de révision en Assemblée nationale, aussi bien que celles des lois courantes par les deux Chambres, dépend en somme de la majorité parlementaire ordinaire »²¹. Ce qui était vrai au sujet de la loi constitutionnelle du 14 août 1884, dont l'article 2 insère la limitation tenant à la forme républicaine du Gouvernement, ne l'est plus sous la V^{ème} République où pareille ambivalence est proscrite. Le défaut d'un organe contrôlant la constitutionnalité des lois soutient l'analyse ; l'existence depuis 1958 du Conseil constitutionnel affaiblit la transposition d'un raisonnement forgé en son absence. Au surplus, l'argument d'une « contradiction performative (...) quand c'est par une révision de la constitution qu'on entend fonder ainsi une clause d'irrévisibilité de la constitution »²², perd de sa force quand cette clause a été intégrée dans chacun des textes fondant les IV^{ème} et V^{ème} République.

De manière décisive, l'instauration d'un mécanisme visant précisément la justiciabilité des limites au pouvoir de révision exclut par hypothèse la « révision de la révision », puisqu'une proposition, voire un projet, en ce sens serait nécessairement censuré par l'organe chargé de leur effectivité. S'il est vrai que ce rempart contre « la révision de la révision » peut lui aussi faire l'objet d'une révision, l'édification d'une digue supplémentaire n'est pas à négliger. En outre, il n'est pas de notre propos de lier à jamais le peuple constituant, mais de contrôler l'expression constituante de ses représentants ; la forme républicaine du Gouvernement n'est nullement indépassable.

2) Contestation du caractère opposable de limites au pouvoir de révision

La portée des limites au pouvoir de révision est considérée comme vaine *ab initio* en raison de la qualité de celui auquel elle est opposée : le pouvoir constituant, dont la souveraineté se conjugue mal avec la notion même de limite. Pour être anéantie, cette affirmation est en général confrontée à deux catégories de démonstration. Suivant la première, le pouvoir de révision constitutionnelle est subordonné au pouvoir constitutionnel de fondation²³. Seulement du point de vue du droit positif cette considération est démentie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel,

¹⁸ Selon G. VEDEL : « le pouvoir de révision est limité quant à ses formes (...) encore que, bien entendu une révision de la Constitution puisse, comme ce fut le cas en 1958, avoir pour objet les modalités de la procédure de révision en vigueur (...) Le pouvoir de révision est, d'autre part, illimité quant à sa matière ». *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*. Les cours de droit 1960-1961, pp. 1051-1052. À l'inverse G. VEDEL écrivait dans son manuel de 1949 au sujet de l'abrogation de la Constitution de 1946 : « cette révision totale serait juridiquement possible pourvu qu'on ne touche pas à la forme républicaine du Gouvernement ». *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002 (réédition, Sirey, 1949), p. 332.

¹⁹ Selon P. PACTET et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, la possibilité qu'offre la « révision de la révision » « apparaît théoriquement douteuse », *Droit constitutionnel*, Armand Collin, 2007, 26[°] éd., 2007, p. 72. Rejoints par L. FAVOREU, la démarche s'apparente à « un détournement de procédure ». *Souveraineté et supraconstitutionnalité, Pouvoirs*, 1993, n[°] 67, p. 76.

²⁰ C. ISIDORO, Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? in *Mélanges PACTET*, *op. cit.*, p. 246.

²¹ *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1984 (réédition, Sirey, 1931), p. 138.

²² O. CAYLA, *op. cit.*, p. 254.

²³ Selon O. BEAUD les deux pouvoirs sont qualifiés de « fondamentalement distincts et opposés ». L'auteur après avoir exposé les limites formelles et matérielles à la souveraineté du pouvoir constitutionnel de révision, qui n'est qu'une « magistrature constitutionnelle », voit dans l'inaliénabilité de la souveraineté rien d'autre que l'inaliénabilité du pouvoir constituant, garantie techniquement par des limitations à la révision. *Op. cit.*, p. 319 à 328. Cette thèse est confortée par C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 241 à 250.

pour qui « le pouvoir constituant est souverain »²⁴. Le défaut de caractérisation du pouvoir constituant signifie qu'il possède la même puissance qu'il soit originaire ou dérivé.

Suivant la seconde, les organes incarnant le pouvoir constituant pourraient être bornés. Au renfort de cette position, vient la loi du 2 novembre 1945, laquelle encadrerait la compétence constituante de l'assemblée élue à cette fin²⁵. B. GENEVOIS balaie l'argument lorsqu'il souligne « que la loi du 2 novembre 1945 n'était pas intangible. Elle aurait toujours pu être modifiée par un nouveau référendum constituant »²⁶. Défendre des limites au pouvoir de révision n'est pas postuler pour autant leur intangibilité, c'est seulement assurer leur défense contre le pouvoir constituant dérivé, et plus justement lorsqu'il emprunte la forme récurrente du Congrès. Le propos ne vise pas à traiter indistinctement le Congrès et le peuple, cette précision est destinée à faire pièce à l'objection selon laquelle il serait contraire aux principes même que l'on entend défendre, ceux de l'État de droit, que le pouvoir constituant du peuple puisse souffrir de limitations. Au demeurant, s'il est loisible au peuple souverain, de borner l'action d'une assemblée constituante, comme ce fut le cas en 1945, il lui est possible d'édicter valablement des limites au Parlement réuni en Congrès. Pour lever les derniers doutes quant au contrôle du constituant dérivé, compris sous la forme du Congrès, il est préférable de raisonner en amont du processus constituant et de contrôler non l'autorité détentrice *in fine* du pouvoir de révision, mais l'un de ses acteurs : les assemblées parlementaires.

L'analyse de B. GENEVOIS est destinée à écarter la thèse de la supra-constitutionnalité dont le voisinage est fréquent dès lors qu'il est question de limites au pouvoir constituant²⁷. À la vérité nul besoin d'évoquer l'existence de principes supérieurs à la Constitution. Car comme l'écrit B. GENEVOIS : « La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 était donc impérative sans qu'il soit besoin de la qualifier de supraconstitutionnelle »²⁸. De même, il est permis de soutenir que l'article 89 al. 5 C tire sa portée de ce caractère impératif, de sorte qu'il est « nul besoin de faire entrer ici l'idée de supraconstitutionnalité »²⁹. Par la seule inscription de limites, le pouvoir constituant originaire n'a voulu non pas distinguer tel principe plutôt que tel autre, il simplement fixé des limites à *l'exercice* du pouvoir de révision.

Enfin, la plasticité de la limite est régulièrement évoquée pour dire son inanité, la « forme républicaine du Gouvernement » étant une formule ne brillant guère par sa précision. Elle est en règle générale appréhendée selon deux conceptions restrictive ou extensive. Pour la première, la République procède d'une définition négative, elle s'oppose à la monarchie ou un seul gouverne³⁰. Pour la seconde, la référence contemporaine à la « forme républicaine » renvoie à l'idée d'un régime démocratique adossé à des valeurs fondamentales³¹. Cette approche à nos faveurs, ce choix répond mieux à l'esprit du temps, voyant dans la République un ensemble de valeurs, parmi lesquelles figure par exemple en bonne place le principe de liberté³². De plus, les efforts déployés

²⁴ Considérant 19 de la décision Maastricht II.

²⁵ Cf. M. DUVERGER, *Le système politique français*, PUF, 21^e éd., 1996, p. 148.

²⁶ *RFDA*, 1998, *op. cit.* p. 914.

²⁷ S. RIALS considère que la loi du 14 août 1884 est « déclarative d'un principe considéré comme supraconstitutionnel ». S. RIALS, Supraconstitutionnalité et systématicité du droit, *Archives de philosophie du droit*, 1986, t. 31, p. 65.

²⁸ *RFDA*, 1998, *op. cit.*, p. 914

²⁹ O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 285.

³⁰ Cf. M. VERPEAUX : « La République est bien, dans cette hypothèse le contraire de la monarchie mais personne ne veut employer le mot ». La proclamation de la 1^{ère} République. *La République en droit français*, Economica, 1996, p. 28. Pour une démonstration renouvelée de l'auteur : La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel, in *Mélanges Pierre AVRIL, La République*, Montchrestien, p. 129 à 139. V. aussi E. ZOLLER : « l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement, autrement dit de rétablir la monarchie », *Droit constitutionnel*, PUF, 1999, p. 86.

³¹ Position défendue par L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, 10^e éd., p. 110, n° 149.

³² Cf. F.-C. BOUSQUET, La responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles, *RDJ*, 2007, n°4, p. 954.

en faveur de la justiciabilité des limites au pouvoir de révision se conjuguent mal avec une conception étroite de l'objet protégé, d'autant qu'il est prévisible qu'il fasse l'objet d'une interprétation enrichie par l'organe chargé de son respect. En tout état de cause, l'hypothèse inverse, celle d'un organe interprétant *a minima* « la forme républicaine du gouvernement » affaiblit la portée de la prescription édictée par l'article 89 -5 C, mais nullement sa validité.

Le bien fondé de la limite matérielle au pouvoir de révision posé, il reste à examiner le bien fondé de sa justiciabilité.

B) Les fondements de la justiciabilité des limites au pouvoir de révision

L'inscription de limites matérielles au pouvoir de révision dépourvue de mécanismes assurant son respect se comprend en raison de l'absence au moment où elle est prévue, c'est-à-dire sous la III^{ème} République, d'organe de type juridictionnel chargé de veiller au respect de la Constitution, consécutive à la toute puissance parlementaire. Sous la V^{ème} République, pareille limitation sans sanction est frappée d'incohérence (1) en raison des tendances actuelles du droit constitutionnel (2).

1) L'incohérence de limitations au pouvoir de révision injusticiables

Rendre justiciables les limites au pouvoir de révision ne relève pas du registre de l'évidence pour ceux les ayant posées tant l'absence de sanction à leur atteinte est criante. Cette lacune est devenue plus difficilement supportable depuis qu'au terme de sa décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent³³. Le bon sens juridique voudrait qu'à toute limite corresponde une sanction, *a fortiori* lorsque celle-ci est contenue dans la norme suprême. La situation actuelle n'est rien moins que paradoxale, alors que le contrôle de constitutionnalité des lois, le contrôle de conventionnalité et le contrôle de légalité assurent la protection d'une série de normes, les limitations au pouvoir de révision en seraient dépourvues ; s'adressant au constituant dérivé, elles en ont pourtant le plus besoin. Ces « clauses pétrifiées »³⁴ et voulues comme telles échapperaient à tout organe ? Le caractère provocateur de la question n'est rien au regard de la situation actuelle. S'il est vrai que l'effectivité du droit constitutionnel paraît moindre en comparaison d'autres branches du droit³⁵, sa juridicité croissante, son ambition de saisir la politique militent en faveur d'une justiciabilité. Au surplus, faut-il rappeler que l'un des critères du droit tient justement dans ce qu'il fait l'objet de sanctions³⁶. Encore que la justiciabilité n'implique pas nécessairement une sanction, « la mission du juge peut s'arrêter au simple constat de contrariété »³⁷.

De manière surabondante, comment admettre que les limites formelles – limitations au pouvoir de révision - opposables au Congrès, dont le règlement est susceptible d'être contrôlé par le Conseil constitutionnel³⁸, soient mieux défendues que la limite matérielle - interdiction faite au

³³ Considérant 2.

³⁴ Ainsi dénommées au Brésil, P. FERREIRA DA CUNHA, Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle entre le pouvoir constituant et la constitution matérielle. Une illustration dans le contexte lusophone, in *Réimaginer les frontières du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 2. <http://www.enelsyn.gr/papers/w9/Paper%20by%20Prof.%20Paulo%20Ferreira%20da%20Cunha.pdf>

³⁵ Cf. O. BEAUD analyse la responsabilité du Président de la République comme illustrative « de l'ineffectivité relative du droit constitutionnel ». La responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Les colloques du Sénat, organisé par l'Université Paris 13, les 11-12 mai 2001, p. 200, voir aussi *RFDA*, 2001, n° 6, p. 1193.

³⁶ Sur ce critère et sa critique : F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2006, 7[°] éd., p. 43, n°45.

³⁷ P. MOUZET, *op. cit.*, p. 977. L'auteur raisonne en termes de « rapport de constitutionnalité » plus que de « contrôle de constitutionnalité » pour examiner la question de la constitutionnalité de la révision.

³⁸ *RJC I*, Décision n°62-20 DC du 20 décembre 1963, p. 13 et décision n°99-415 du 28 juin 1999, JO n° 148 du 29 juin 1999, p. 9559.

pouvoir de révision ? Le Président du Congrès serait-il le seul à faire observer son règlement intérieur et à veiller à ce titre aux respects des règles procédurales³⁹ ? N'est-il pas paradoxal d'affirmer au sujet du pouvoir constituant comme le fait R. BADINTER qu'il « peut tout faire, mais pas n'importe comment »⁴⁰ ?

Le caractère incomplet de la protection de la Constitution est davantage souligné par l'analyse selon laquelle la jurisprudence du Conseil constitutionnel témoigne de « la *mise en cause indirecte* des lois constitutionnelles adoptées par la voie du Congrès »⁴¹, du « principe d'une appréciation indirecte de la révision constitutionnelle »⁴². Ce processus est décrit de la manière suivante : « Après l'intervention d'une révision constitutionnelle et l'adoption d'une loi – organique ou ordinaire – mettant en œuvre les nouvelles dispositions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel est invité (...) à "corriger" l'apparente signification de nouvelles normes constitutionnelles »⁴³. Le moins que l'on puisse proposer est de passer d'une justiciabilité indirecte, choquante car relevant dans son principe de la seule volonté du juge constitutionnel, à une justiciabilité directe soumise à celle du peuple constituant.

2) Les tendances du droit constitutionnel en faveur de la justiciabilité des limites au pouvoir de révision

Il « n'est plus ni incongru, ni invraisemblable, d'envisager des limitations au pouvoir constituant dérivé et un contrôle éventuel de ses actes ». Formulée il y a cinq ans par L. FAVOREU⁴⁴, l'assertion mérite que l'on s'y attarde. Le moment paraît venu de réfléchir à la justiciabilité des limites au pouvoir de révision pour des raisons tenant principalement à la fréquence des révisions opérées par le Congrès et à l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle. D'évidence, le nombre élevé de modifications constitutionnelles (dix-neuf lois constitutionnelles ont été adoptées depuis 1992) et la banalisation de l'intervention du Congrès confortent l'analyse (dix-huit fois convoqué depuis 1992).

Du point de vue jurisprudentiel, trois décisions servent de jalons. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a relevé dans sa décision du 2 septembre 1992 que le pouvoir constituant était souverain « sous réserve (...) du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision" »⁴⁵. Si certains membres de la doctrine ont pu voir dans cette « réserve de souveraineté »⁴⁶ la potentialité d'un contrôle des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès⁴⁷, l'affirmation de limitations implique conséquemment leur respect. Ce point n'est pas contredit en deuxième lieu, par la décision précitée du 26 mars 2003, au contraire il en sort renforcé dans la mesure où ayant considéré que nulle part la Constitution ne lui attribuait une telle compétence, le Conseil constitutionnel souligne mieux la nécessité d'y pourvoir. En troisième lieu, le Conseil constitutionnel, sans se risquer formellement à établir une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, a jugé que la « transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle », mais qu'elle « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à

³⁹ Cf. J. GICQUEL, Le Congrès du Parlement, in *Mélanges P. AVRIL, op. cit.*, p. 459.

⁴⁰ Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant, in *Libertés, Mélanges Jacques ROBERT*, Montchrestien, 1998, p. 220.

⁴¹ L. FAVOREU, Le Parlement constituant et le juge constitutionnel, in *Mélanges P. AVRIL, op. cit.*, p. 240.

⁴² X. MAGNON, Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence, *RFDC*, 2004, n°59, p. 614.

⁴³ L. FAVOREU, in *Mélanges P. AVRIL, op. cit.*, p. 242.

⁴⁴ L. FAVOREU, *RFDA*, 2003, *op. cit.*, p. 794.

⁴⁵ Considérant 19 de la décision précitée n°92-321 DC du 2 septembre 1992.

⁴⁶ M. VONSY, Le « Parlement constituant » n'est pas souverain, *RDP*, 2007, n°3, p. 969.

⁴⁷ Cf. M. CLAPIÉ, Les limites aux pouvoirs de révision du Congrès. À propos de la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999, *Petites Affiches*, 10 avril 2000, n° 71, p. 25.

l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »⁴⁸. Cette « réserve de constitutionnalité », proche dans son inspiration de la « réserve de souveraineté », met en lumière la présence au sein d'un ensemble de même niveau – constitutionnel – de normes s'imposant à d'autres⁴⁹. Dans ces conditions, il est aisé de soutenir que l'article 89 al. 5 présente un tel caractère, que « la forme républicaine du Gouvernement » participe de ce noyau dur constitutionnel, voire qu'elle l'absorbe. En conséquence, le constituant s'exprimant par la voie du Congrès ne pourrait atteindre l'identité constitutionnelle de la France, pas plus que la forme républicaine du Gouvernement. La virtualité d'un contrôle des limites au pouvoir de révision se trouve enrichie par cette jurisprudence. Inversement et de manière circulaire, la justiciabilité des limites au pouvoir de révision en renforce la portée.

La jurisprudence n'est pas seule à motiver l'instauration d'un contrôle du pouvoir de révision, la pratique et le droit comparé apportent également leur pierre à l'édifice. Depuis la réforme avortée du quinquennat engagée sous la présidence de Georges Pompidou en octobre 1973, il est communément admis que le Président de la République peut faire échec à une révision constitutionnelle après que le texte la soutenant a fait l'objet d'un vote en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat⁵⁰. Bien que dicté par des considérations plus politiques que juridiques, pouvant donner lieu le cas échéant à « une mémorable palinodie constitutionnelle »⁵¹, tout laisse à penser qu'en sa qualité de gardien des institutions, le Président de la République pourrait renouveler cet épisode au motif en particulier qu'il est porté atteinte à l'article 89 al. 5 C⁵². Dès lors, pourquoi dénier une telle prérogative à un organe de type juridictionnel, qui mieux qu'un acteur politique est voué à l'exercer ?

Le droit comparé nous renseigne également sur la justiciabilité de limites au pouvoir de révision. Le plus souvent les cas de l'Allemagne, de l'Italie, des États-Unis, voire de l'Afrique du Sud⁵³, sont convoqués à des degrés divers. Fruit de constructions jurisprudentielles, le contrôle des révisions constitutionnelles peut susciter la dénonciation récurrente d'un « gouvernement des juges », cependant sa perspective perd en consistance en raison de la mise en place d'un mécanisme affiné à l'issue d'une modification constitutionnelle ayant aussi pour raison d'être de se prémunir contre une telle dérive. À cette fin, l'exposition *de lege ferenda* de formes permettant la justiciabilité des révisions opérées par le Congrès se doit d'être faite avec précaution.

II – Les formes de la justiciabilité : l'existence de limites au pouvoir de révision

Au regard des développements précédents, si le principe d'un contrôle du pouvoir de révision détenu par le Congrès est acquis, la question de ses formes demeure. La potentialité d'un contrôle exercé par un acteur politique, le Président de la République, conduit en quelque sorte à doubler cette garantie, par l'action d'un organe de type juridictionnel : sa mission première est de trancher des conflits entre normes juridiques en se fondant sur la règle de droit ; il offre des garanties d'impartialité et de compétence (A). Pour être entières, une réforme touchant au juge constitutionnel peut être envisagée comme s'insérant dans un ensemble d'aménagements constitutionnels tiré de la justiciabilité de la révision (B).

⁴⁸ Considérants 4 et 6 de la décision 543 DC, 30 novembre 2006.

⁴⁹ Cf. F.-C. BOUSQUET, *op. cit.*, p. 956.

⁵⁰ Soit en refusant de convoquer le Congrès, soit en distrayant tel ou tel point de son ordre du jour. Cf. J. GICQUEL, in *Mélanges P. AVRIL*, *op. cit.*, p. 456.

⁵¹ En 2000, le Président de la République, J. CHIRAC, a décidé de « déconvoquer » le Congrès cinq jours avant sa réunion normalement prévue. J.-J. CHEVALIER, G. CARCASSONNE et O. DUHAMEL, *La Vème République 1958-2004, Histoire des institutions et des régimes politiques de la France*, Armand Collin, 2004, p. 475.

⁵² F. LUCHAIRE est intervenu en ce sens lors de la Journée d'études de l'AFDC, *Décentralisation et Constitution*, qui s'est tenue au Sénat, le 24 avril 2003.

⁵³ Pour les trois premiers cf. F. HOURQUEBIE, *op. cit.*, pp. 6-7. Sur les États-Unis, cf. la théorie de la nullification présentée par E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, 1999, 2^e éd., n° 45, pp. 84-85.

A – Le contrôle juridictionnel du processus de révision constitutionnel

Le contrôle juridictionnel du processus de révision n'est pas uniforme, plusieurs voies s'offrent à nous selon que l'on aborde son objet (1) et ses modalités (2).

1) L'objet du contrôle juridictionnel

L'objet du contrôle peut être exploré en suivant principalement deux pistes, séparées par un degré variable de radicalité. La plus drastique est sans conteste le contrôle des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès. Il n'est nul besoin ici de raisonner à partir de l'identité possible entre le Parlement et le Congrès en vertu de laquelle contrôler celui-ci ne serait pas autre chose que contrôler celui-là⁵⁴, puisque par hypothèse une modification de la Constitution en serait le fondement indiscutable. Au demeurant, le recours au Congrès incarnant en droit une procédure d'exception, la justiciabilité de la révision est pensée comme exceptionnelle.

L'inconvénient majeur de cette formule tient à la différence de statut entre la révision opérée par le Congrès, justiciable, et celle approuvée par référendum, bénéficiant d'une immunité constitutionnelle. Elle doit cependant être relativisée dans la mesure où un tel régime est comparable à celui caractérisant les rapports entre la loi adoptée par le Parlement et celle issue d'un référendum législatif⁵⁵. En outre, ce choix d'un régime distinct fondé sur l'origine d'un texte a guidé le constituant de 2008, puisque quand l'initiative référendaire émane des électeurs, elle est obligatoirement soumise au juge constitutionnel tandis que le projet de texte soumis par le Président de la République y échappe⁵⁶. Toutefois, « la question qui ne manquera pas de se poser sera celle de leur contrôle [des projets de textes soumis par le chef de l'État] *a posteriori* »⁵⁷ dans la mesure où l'exception d'inconstitutionnalité a été simultanément introduite par l'article 61-1 C. Une évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est très incertaine, après tout le projet approuvé par référendum reste l'oeuvre du peuple souverain, rien n'indique que l'exception d'inconstitutionnalité puisse s'y appliquer. La mention d'un contrôle précoce et obligatoire pour l'initiative populaire semble au contraire militer pour son exclusion.

À un degré moindre, le contrôle peut porter, non plus sur le texte adopté par le Congrès, mais sur le texte adopté en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat qu'il émane d'un projet ou d'une proposition de révision. De sorte que ce n'est plus le constituant dérivé qui est contrôlé, mais les chambres intervenant à l'un des stades de la procédure constituante. Actrices du processus constituant, elles n'en sont pas à proprement parler les titulaires, de la même manière que le gouvernement sans incarner le pouvoir législatif est l'un des instruments du processus législatif. Cette modalité a notre préférence dans la mesure où elle ne heurte pas la tradition juridique française, ne différant guère dans sa technique et dans son inspiration du contrôle de

⁵⁴ J. GICQUEL dresse la liste des similitudes entre le Congrès et une assemblée parlementaire, in *Mélanges P. AVRIL*, *op. cit.*, p. 452. Le Conseil constitutionnel nourrit le rapprochement quand il se reconnaît le droit de contrôler le règlement du Congrès à l'imitation de tout règlement parlementaire, décision n°62-20 DC du 20 décembre 1963, *RJC I op. cit.*, p. 13. En procédant à cet examen, « on peut considérer, et cela a été la position du Conseil constitutionnel (...) que le Congrès qui réunit les deux assemblées ne peut lui-même n'être qu'une assemblée parlementaire ». G. BERGOUGNOUS, De quelques enseignements tirés de récentes décisions sur les règlements des assemblées parlementaires, *RDP*, 1999, n°6, p. 1692. La loi constitutionnelle du 23 juillet ajoute à la similitude avec l'article 88-5 modifié.

⁵⁵ Cf. Décision du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1962, JO du 7 novembre 1962, p. 10775, cf. G. BERLIA, Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962, *RDP*, 1962, n°4, p. 936.

⁵⁶ Cf. article 61-1 C tel qu'inséré par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 (voir *infra*).

⁵⁷ Rapport n°1009, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juillet 2008, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet tel que modifié par le Sénat, par J.-L. WARSMANN, p. 168.

constitutionnalité des lois, de plus elle anéantit les dernières résistances ancrées sur la souveraineté du constituant dérivé.

Dans son inspiration, cette proposition rejoint doublement l'état du droit positif. D'une part, les règlements des assemblées prévoient le recours à l'exception d'irrecevabilité⁵⁸ s'agissant « de projets et propositions de loi portant révision de la Constitution », ce qui revient à dire qu'ils sont gouvernés par les règles applicables à la procédure législative ordinaire⁵⁹. Ce qui est possible pour les députés et sénateurs au cours de la procédure d'examen d'un texte ayant pour objet une révision constitutionnelle doit raisonnablement l'être une fois ce texte adopté par un organe habilité à cet effet. La quasi-identité entre le texte débouchant sur une loi ou sur une révision constitutionnelle motive le niveau de contrôle. Cette identité de traitement est renforcée par la consultation du Conseil d'État pour avis, au sujet de tout projet de législation qu'elle soit ordinaire ou constitutionnelle⁶⁰. D'autre part, nous savons que le Président de la République peut bloquer le processus constituant à ce stade en reportant sa conclusion *sine die*. Au surplus, la Constitution ne prévoit pas de délai entre la phase parlementaire de révision et sa conclusion. Autant de motifs en faveur d'une justiciabilité des limites au pouvoir de révision à ce stade du processus constituant. On observera d'ailleurs que le constituant en 2008 n'a pas hésité à introduire à l'article 61 al. 1 C un contrôle de constitutionnalité obligatoire pour les textes issus d'une initiative populaire en amont du processus référendaire alors que suivant une jurisprudence constante le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour examiner le texte final. Le choix d'une étape intermédiaire est ainsi de nature à rendre plus facilement opérationnel un contrôle de constitutionnalité.

Toutefois, le principal défaut de ce mécanisme est de traiter indifféremment le texte émanant d'un projet de révision qu'il soit soumis au Congrès ou à référendum pour approbation ainsi que le texte provenant d'une proposition par nature soumise à référendum. De sorte que dans ce cas de figure, le peuple pourrait être empêché de se prononcer. Aussi, il est nécessaire de distinguer à ce stade du raisonnement entre les projets de révision et les propositions en s'appuyant sur deux images, celle de l'aiguilleur et celle du « lit de justice », chères respectivement à Louis FAVOREU et au doyen VEDEL. Dans l'hypothèse où il s'agit d'un projet de révision, le contrôle envisagé a pour fonction ultime d'aiguiller le Président de la République. De deux choses l'une, soit le texte est validé et la procédure peut se poursuivre et se conclure par une approbation par le Congrès ou par référendum, soit il est déclaré contraire à « la forme républicaine du Gouvernement » et la procédure ne peut se poursuivre que par la voie dite longue, c'est-à-dire que le texte est soumis pour approbation à référendum. Le second inconvénient d'un tel système, mineur dans l'optique d'une préférence accordée à la limitation matérielle du pouvoir de révision, tient dans son positionnement en amont ne permettant pas d'assurer le respect des règles procédurales par le Congrès, sous réserve bien entendu du système en vigueur. Dans l'hypothèse où il s'agit d'une proposition, il est possible de transposer le raisonnement développé pour le contrôle de constitutionnalité des lois, à savoir qu'une décision d'inconstitutionnalité peut être levée « par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle », ici l'arrêt concluant à la violation de l'article 89 al. 5 peut être exclusivement brisé par le peuple souverain « dans une sorte de lit de justice »⁶¹. La lourdeur du système constitue un handicap pratique, ayant toutefois donné lieu à illustration dans le cadre de la justiciabilité indirecte⁶², il est parfaitement recevable au plan théorique.

⁵⁸ Au sens de l'article 91-4 du Règlement de l'Assemblée nationale, elle a pour « objet de faire reconnaître que le texte proposé est contraire à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles ». Cette motion de procédure a été soulevée en 1992 à l'occasion de la révision constitutionnelle consécutive à la signature du traité de Maastricht.

⁵⁹ Article 126 du règlement de l'Assemblée nationale. L'article 44-2 du règlement du Sénat n'exclut pas le recours à l'exception d'irrecevabilité pour les projets ou proposition de révision.

⁶⁰ Cf. B. GENEVOIS, *RFDA*, 1998, *op. cit.*, p. 917.

⁶¹ G. VEDEL, De Schengen à Maastricht, *RFDA*, 1992, p. 173.

⁶² La définition du corps électoral en Nouvelle-Calédonie et la parité hommes/femmes illustrent une séquence au terme de laquelle le juge constitutionnel module la portée d'une révision « quitte à provoquer une seconde révision

2) Les modalités de la saisine

La désignation de l'organe chargé de contrôler le processus de révision attaché au Congrès peut également suivre deux voies alternatives mobilisant à chaque fois un organe juridictionnel (posées par le peuple, les limites au pouvoir de révision peuvent pour des raisons pratiques être difficilement sanctionnées par lui). D'une part, le Conseil constitutionnel est doublement qualifié pour exercer cette fonction parce qu'il a précédemment eu à interpréter les limites au pouvoir de révision et parce que la justiciabilité des lois constitutionnelles telle que pratiquée dans les autres systèmes juridiques se fait devant ses homologues. D'autre part, si l'on souhaite solenniser le contrôle du pouvoir de révision, il peut être confié à un « Conseil constitutionnel renforcé ». De la même manière qu'il existe une Haute Cour et une Cour de justice de la République, une Haute Cour constitutionnelle pourrait être créée à côté du Conseil Constitutionnel, dont la composition reprendrait celle de ce dernier, augmentée par exemple de la présence du premier Président de la Cour de cassation, du premier Président de la Cour des comptes et de celle du Vice-Président du Conseil d'État. La désignation de personnalités qualifiées (universitaires, anciens ministres et parlementaires, responsables d'autorités administratives indépendantes, d'association de défense des libertés fondamentales...) par les assemblées suivant une majorité qualifiée est également envisageable. Ce dédoublement organique et fonctionnel a pour effet de confier à la Haute Cour constitutionnelle le contrôle des textes à vocation constitutionnelle et au Conseil constitutionnel le contrôle de la constitutionnalité des lois. Le rang attaché à la nouvelle juridiction est de nature à emporter la conviction de ceux redoutant une banalisation du contrôle pesant sur le pouvoir de révision.

S'agissant des modalités de la saisine, un contrôle obligatoire paraît s'imposer. Au titre de l'article 61 C, les lois organiques, les propositions de référendum législatif d'initiative populaire et les règlements des assemblées doivent être obligatoirement soumis au Conseil constitutionnel en raison de leur sensibilité ou si l'on préfère des risques que ferait encourir à l'édifice constitutionnel toute contrariété émanant de ces actes. Semblable raisonnement peut être reproduit au bénéfice des textes ayant pour objet la révision de la Constitution dont le statut hiérarchique est plus élevé. Le choix d'une saisine facultative limitée aux actuelles autorités et aux parlementaires serait susceptible de réduire à néant la pertinence du dispositif : un accord entre les divers acteurs institutionnels se jouant des limites au pouvoir de révision⁶³. Serait un moindre mal l'ouverture d'une saisine sur le modèle du référendum d'initiative populaire⁶⁴, déconnectée toutefois de la composante parlementaire.

La fin de l'immunité du pouvoir de révision peut prendre d'autres formes que sa justiciabilité ; au Président de la République pourrait être explicitement confié un droit de veto afin d'assurer le respect de l'article 89 al. 5 C ; la signature du Premier ministre, nécessaire également à la convocation du Congrès, pourrait être suspendue à ce respect ; le Conseil constitutionnel pourrait rendre un avis public sur cette question ; le décret convoquant le Congrès pourrait faire l'objet d'un contrôle limité dès lors que le texte adopté est contraire à l'article 89 al. 5 C⁶⁵. Ces différents moyens sont tout au plus complémentaires de la justiciabilité, ils ne sont aucunement alternatifs.

constitutionnelle infirmant l'interprétation condamnée par le Conseil constitutionnel », L. FAVOREU, in *Mélanges P. AVRIL*, *op. cit.*, p. 242.

⁶³ Sur ce point cf. O. GOHIN in *Mélanges PACTET*, *op. cit.*, p. 190, note (21).

⁶⁴ Cf. Rapport Balladur, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁵ Le Conseil d'État s'est déclaré par référé incompétent pour examiner le décret présidentiel convoquant le Congrès au motif qu'il « touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels » (requête 278048, ordonnance du 28 février 2005). Cette précision paraît suggérer la compétence du Conseil constitutionnel d'autant plus qu'il s'est reconnu compétent pour contrôler le décret organisant un référendum en prenant notamment en considération le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Décision du 25 juillet 2000, M. Hauchemaille, JO du 29 juillet 2000, p. 11768. Sur cette question : J.-P. CAMBY, *Le contentieux de l'organisation du référendum*, *RDP*, 2005, n°3, p. 587.

Si d'aventure le choix de la justiciabilité du pouvoir de révision était fait, quelles qu'en soient les modalités ultimes, il nécessiterait des aménagements constitutionnels.

B) Les aménagements constitutionnels tirés de la justiciabilité du processus de révision

Par aménagements constitutionnels il faut non seulement entendre les conséquences emportées par la justiciabilité du pouvoir de révision sur les dispositions jugées « collatérales » (2), mais aussi le cadre constitutionnel de son adoption (1).

1) Le cadre constitutionnel de la justiciabilité du pouvoir de révision

L'insertion d'une procédure visant la justiciabilité du pouvoir de révision exige naturellement qu'il s'exerce pour y pourvoir. La priorité va à la mise en œuvre de l'article 89 C suivant la voie dite longue, conclue par un référendum. Balayant toutes considérations théoriques, le peuple souverain est le plus qualifié pour décider d'encadrer le pouvoir de révision, que ce soit le Congrès lui-même, ou *a fortiori* les assemblées actrices du processus constituant. En dernière analyse, la théorie de la supraconstitutionnalité est inopérante, le peuple est soumis à sa seule volonté suprême, que ce soit pour accentuer les contraintes pesant sur le Congrès, étendre les limites formelles ou matérielles, voire les dissoudre ; ayant un début, l'éternité ne peut leur être promise.

Au surplus, rien n'interdit au peuple constituant de préciser que les limites fixées par la Constitution ne lui sont pas opposables lorsqu'il se prononce par référendum⁶⁶. La précision est destinée à faire tomber, si tant est qu'il en demeure, les ultimes réticences à l'égard de la justiciabilité des limites au pouvoir de révision.

La faible probabilité de la mise en œuvre de la justiciabilité des limites au pouvoir de révision - les assemblées seraient si vertueuses qu'elles se lieraient pour l'avenir, le pouvoir de révision unique sujet de limites dont il est le seul à même d'en assurer l'effectivité - ne doit pas dissuader de l'évoquer pleinement. Le dispositif susceptible d'être inséré devrait l'être dans le corps du titre XVI de la Constitution intitulé « De la révision », sous la forme par exemple d'un alinéa 6.

Sa portée n'aurait de sens que si l'article 11 C relatif au référendum législatif fait également l'objet d'une modification afin d'exclure son utilisation à des fins constituante comme ce fut le cas en 1962 et 1969. Dépourvu de référence à toute limite matérielle, la perspective d'une révision constitutionnelle fondée sur l'article 11 C doit être impossible. Cet objectif peut être atteint conformément aux propositions faites en 1993 par le rapport Vedel en retenant que le projet de référendum doit être soumis au Conseil constitutionnel afin qu'il puisse examiner sa conformité à la Constitution⁶⁷. De sorte que le projet ne peut porter sur celle-ci. Par la même occasion la controverse quant aux modalités de révision de la Vème serait en passe d'être réglée.

C'est une voie différente qu'a préféré suivre le constituant en 2008 puisque la loi constitutionnelle du 23 juillet étend en son article 28 le contrôle obligatoire de constitutionnalité aux propositions de référendum législatif émanant d'un dixième des électeurs et soutenu par un

⁶⁶ Ce que prévoit par exemple l'article 139 de la Constitution du Soudan du 1^{er} juin 1998 : « Une révision ne peut entrer en vigueur si elle modifie les règles de procédures ou est contraire aux principes de base stipulés ci-dessous (Sharia, liberté de conscience, de religion et d'expression, Etat fédéral, régime présidentiel, structure bicamérale du pouvoir législatif, indépendance de la justice, gouvernement transitoire du sud Soudan) sauf si elle est approuvée par une majorité du peuple du Soudan par la voie du référendum ». Dispositif extrait du document établi par Chawki GADDES. http://www.atdc.org.tn/contributions/Gaddes_limites.pdf.

⁶⁷ *Propositions pour une révision de la Constitution*, La Documentation française, 1993, p. 90.

cinquième des parlementaires⁶⁸. En raison d'un tel contrôle limité au « référendum d'initiative conjointe »⁶⁹, la possibilité pour l'exécutif d'opérer une révision de la Constitution par le biais de l'article 11 demeure. Cette modification motivée officiellement par l'introduction d'une exception d'inconstitutionnalité⁷⁰, illustre en réalité la méfiance manifestée à l'égard d'une partie du peuple et d'une frange de ses représentants par le constituant, voulant manifestement se prémunir contre toute initiative conjointe dictée par des considérations populistes ou attentatoire aux fondements constitutionnels. En d'autres termes, ce qui est interdit à une minorité, réviser la Constitution par la voie de l'article 11 C sans être astreint aux limites de l'article 89 C, est permis à la majorité. Le caractère bancal du régime en vigueur ne rend que plus nécessaire une réforme de l'article 11 C et la justiciabilité des limites au pouvoir de révision.

2) La révision « collatérale » de dispositions constitutionnelles

Le recours détourné à l'article 11 trouve sa justification stratégique dans l'existence d'un veto sénatorial en matière constitutionnelle, son exclusion découlant de la justiciabilité implique que la participation du Sénat à l'œuvre constituante subisse une *capitis diminutio*. Celle-ci peut s'inspirer du rapport Vedel, comme du rapport Balladur. Tous deux retiennent la formule suivante : lorsque le texte n'a pas été voté en termes identiques « le Président de la République peut soumettre au référendum le texte adopté à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés par l'une ou l'autre des assemblées »⁷¹. Le statut juridique du texte est le même que celui adopté en termes identiques du point de vue de sa justiciabilité.

Ensuite, il serait sage de lier l'instauration d'un mécanisme assurant la justiciabilité des limites au pouvoir de révision à la définition de la « forme républicaine du gouvernement ». La doctrine a engagé une double réflexion sur la République et sur sa forme⁷², il serait bon que le constituant décide à la manière de ce qui a pu être fait pour le domaine de la loi avec l'article 34 C, d'énumérer les éléments constitutifs de cette forme républicaine, étant entendu que l'approche restrictive ne saurait être retenue pour les raisons exposées précédemment. Les principes contenus dans la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 pourraient servir de base à une telle réflexion au titre de voie « moyenne »⁷³. Le droit comparé illustre cette approche, suivie en particulier par l'article 288 de la Constitution du Portugal⁷⁴. Si le principal défaut d'une démarche exhaustive est connu, son

⁶⁸ Article 61-1 C : « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution ».

⁶⁹ Rapport précité n°1009, p. 26.

⁷⁰ « Il s'agit d'éviter que le Conseil constitutionnel, saisi par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, soit conduit à se prononcer sur la constitutionnalité d'un tel texte après son adoption par référendum ». Rapport n°387 fait au nom de la commission des Lois du Sénat par J.-J. HUEST, annexé au procès-verbal de la séance du 11 juin 2008, p. 46.

⁷¹ Rapport VEDEL, *op. cit.*, p. 136, rapport BALLADUR, *op. cit.*, p. 161.

⁷² Cf. M.-P. DESWARTE, *Essai sur la nature juridique de la République*, L'Harmattan, 2003, 341 p. et M.-H. FABRE, *Principes républicains de droit constitutionnel*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1998, 515 p. Pour une approche synthétique : J. ROBERT, *La forme républicaine du Gouvernement*, RDP, 2003, n° 2, p. 359 à 366.

⁷³ Cf. J.-E. SCHOETTL, *op. cit.*, p. 21. L'un des inconvénients majeurs de cette proposition est d'interdire l'instauration d'un régime présidentiel puisque la loi constitutionnelle du 3 juin prévoit le principe de la responsabilité politique du gouvernement.

⁷⁴ Article 288 : Les lois de révision constitutionnelle observent les limites suivantes:

a) l'indépendance nationale et l'unité de l'Etat ; b) la forme républicaine du Gouvernement ; c) la séparation de l'église et de l'Etat ; d) les droits, libertés et garanties fondamentales des citoyens ; e) les droits des travailleurs, des comités de travailleurs et des associations syndicales ; f) la coexistence de trois secteurs propriétaires des moyens de production-le secteur public, le secteur privé et le secteur coopératif et social ; g) l'existence de plans économiques dans le cadre d'une économie mixte ; h) le suffrage universel, direct, secret et périodique et l'application de la représentation proportionnelle pour élire, quand ces derniers sont élus, les membres des pouvoirs publics constitutionnels, les titulaires des régions autonomes et du pouvoir local ; i) le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique, y compris celui des partis politiques et le droit d'opposition démocratique ; j) la séparation et l'interdépendance des pouvoirs publics constitutionnels ; l) le contrôle de la constitutionnalité en raison de l'action ou de l'inaction des organes chargés

caractère nécessairement parcellaire suscitant malgré tout une interprétation créatrice, elle vaut mieux sans doute que la surveillance sans autre précision d'une notion aussi plastique que celle de « forme républicaine » par une juridiction, dont par la force des choses, à en croire M. TROPER, l'interprétation emportera création, acte de volonté, plus qu'acte de connaissance⁷⁵.

Enfin, en relation avec ce précédent aspect, la haute fonction reconnue à une Haute Cour constitutionnelle ou au Conseil constitutionnel motive une réforme de son mode de nomination. Moins que jamais, celui-ci ne peut souffrir d'aucune contestation. La suppression de l'appartenance de droit à vie des anciens présidents de la République à cette instance pouvait être interprétée comme un facteur visant à renforcer le statut du Conseil constitutionnel⁷⁶, elle ne figure cependant pas dans le texte approuvé par le Congrès⁷⁷. Le seul progrès en la matière⁷⁸, partiellement inspiré du rapport Balladur⁷⁹, tient dans la modification de l'article 56 C dans le sens d'une plus grande association des parlementaires à la désignation des autres membres du Conseil constitutionnel par les présidents des assemblées et de l'attribution d'un droit de veto pour celle effectuée par le Président de la République. La transformation du Conseil constitutionnel en véritable Cour constitutionnelle - le mot ne suffisant pas à créer la chose⁸⁰ - à l'imitation des autres juridictions constitutionnelles européennes est un facteur favorable à l'éclosion d'un contrôle de constitutionnalité étendu et plus dense. Dans cette attente, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 peut incarner une étape sur la voie de la justiciabilité du pouvoir de révision. Considérer qu'elle annonce sa réalisation prochaine serait faire preuve d'un optimisme déplacé tant la question fut absente des débats constitutants !

Rendre justiciable les limites au pouvoir de révision, ce n'est pas tant protéger la Constitution d'elle-même que contribuer au perfectionnement de l'État de droit. Si la présente quête n'est pas exempte dans ses modalités de tout défaut, un raisonnement comparable à celui justifiant le contrôle de constitutionnalité des lois peut être reproduit : à tout prendre mieux vaut une justiciabilité imparfaite aux limites du pouvoir de révision qu'une immunité constitutionnelle des représentants du peuple. Gageons que le défaut de justiciabilité du pouvoir de révision au début de ce troisième millénaire aura la même couleur exotique aux yeux du participant au centenaire de la Constitution de 1958 (si tant est qu'elle atteigne cette échéance) que l'absence de véritable contrôle de constitutionnalité des lois au début de la Cinquième République aux yeux de ceux célébrant ses cinquante ans.

d'édicter les normes juridiques ; m) l'indépendance des Tribunaux ; n) l'autonomie des collectivités territoriales ; o) l'autonomie politique et administrative des archipels des Açores et de Madère.

⁷⁵ Une théorie de l'interprétation, in *Théories réalistes du droit*, O. JOUANJAN (dir.), Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 51.

⁷⁶ Comme le proposait la rapport Balladur, *op. cit.*, p. 125, suivi en cela par le Sénat (article 25 du projet de loi constitutionnelle n°116 de modernisation des institutions de la Vème République, modifiée par le Sénat, adopté le 28 juin 2008). Le rapport n°1009 précité rejoint la position sénatoriale, p. 167.

⁷⁷ La commission des lois à l'Assemblée nationale, reprenant l'argumentation du gouvernement, a préféré maintenir le dispositif actuel : cf. rapport 1009 précité, pp. 166-167.

⁷⁸ Progrès mesuré puisque par définition le président de chaque assemblée est soutenu par la majorité, celle-ci ne risque guère de lui faire défaut au sein de la commission compétente chargée de donner un avis... dépourvu au surplus de toute portée contraignante. Quant au veto parlementaire frappant le choix fait par le Président de la République, le fait majoritaire rend difficilement concevable sa réalisation ; en période de cohabitation un président minoritaire ne serait guère exposé eu égard à la majorité requise (au moins trois cinquièmes de suffrages exprimés au sein des deux commissions concernées). Pour des propositions plus contraignantes : B. FRANCOIS et A. MONTEBOURG, *La Constitution de la 6ème république*, Odile Jacob, 2005, p. 145 et s.

⁷⁹ Cf. proposition n°75, rapport *op. cit.*, p. 179.

⁸⁰ En première lecture du projet de loi constitutionnelle, le Sénat a décidé de remplacer dans la Constitution les termes de « Conseil constitutionnel » par « Cour constitutionnelle », article 24 *ter* du projet de loi constitutionnelle n°116 précité. Article supprimé en seconde lecture par l'Assemblée nationale si bien qu'en l'état actuel du droit ni le mot, ni la chose n'existent.