

VII Congrès Français de Droit Constitutionnel

50^e anniversaire de la Constitution du 4 octobre 1958

Paris - 25, 26 et 27 septembre 2008

Atelier n° 3 - CONSTITUTION ET POUVOIR CONSTITUANT

Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées

Marina Calamo Specchia
Université de Bari

Sommaire : 1. Les limites au pouvoir de révision comme conséquence de la séparation conceptuelle entre pouvoir constituant et pouvoir de révision constitutionnelle. - 2. La primauté de la Constitution face à la loi du Parlement et la théorie des limites à la révision de la Constitution en perspective comparée. - 2.1. Les limites formelles. - 2.2. Les limites matérielles ou substantielles. - 3. Les limites à la révision constitutionnelle en France : la portée de la décision n. 2003-469. - 4. Une solution possible: le problème de l'existence de limites « internes » à la Constitution. - 4.1. Questions d'interprétation lexicale. - 4.2. Questions d'interprétation substantielle. - 5. Conclusions.

1. Les limites au pouvoir de révision comme conséquence de la séparation conceptuelle entre pouvoir constituant et pouvoir de révision constitutionnelle

La thèse des limites au pouvoir de révision de la Constitution et de l'affirmation du contrôle juridictionnel de la loi constitutionnelle n'est pas une conquête récente : elle découle de l'accueil de la vision « séparatiste », à savoir de la conception qui porte à la séparation conceptuelle entre le pouvoir constituant originaire illimité, ou partiellement limité par l'adhésion du groupe social - en tant que fondateur d'un ordre juridique nouveau et que l'on peut identifier dans un acte révolutionnaire - et le pouvoir constituant dérivé, ou pouvoir de révision constitutionnelle, institutionnalisé par des règles de procédure constitutionnelle *ad hoc*.

Pour ne pas donner une fausse interprétation de la nature métajuridique du pouvoir constituant originaire, il faut indiquer le sens du mot « juridique ». Ce mot a

principalement deux sens : dans le sens large, le mot « juridique » signifie « ce qui concerne le droit » ; dans le sens restreint, il signifie « ce qui est conforme au droit » ou « ce qui descende du droit ».

Nous utilisons le mot « juridique » dans cette deuxième signification, parce que, si le mot « juridique » est interprété dans son sens large, le pouvoir d'établir une Constitution est toujours de nature juridique, en concernant la modalité d'organisation de l'ordre juridique.

Mais, comme nous avons indiqué ci-dessous, le pouvoir constituant originaire est le pouvoir d'établir une Constitution là ou il n'y avait rien auparavant ou en rupture avec la Constitution qui précède. Cet acte de puissance ne repose pas sur une norme juridique préexistante et, donc, le pouvoir constituant originaire est un pouvoir de nature non juridique.

Le pouvoir constituant originaire est communément défini comme la puissance, dont dispose un organe spécial, d'introduire une nouvelle Constitution tandis que le pouvoir constituant dérivé ou institué est défini comme la possibilité de modifier le texte constitutionnel dans les formes et sous les conditions prescrites par la Constitution même. La notion de pouvoir constituant originaire soulève le problème de la qualification du pouvoir qui serait habilité à édicter la Constitution, c'est-à-dire le pouvoir constituant originaire.

On trouve ici les deux différents courants doctrinaires qui, respectivement, s'identifient dans l'école du droit naturel et celle du positivisme juridique : pour la première, un acte normatif, pour être considéré comme « juridique », doit être conforme à la justice et on peut dire que, selon la conception jusnaturaliste du droit, le pouvoir constituant originaire est juridique dans la mesure où il est conforme à la justice. Selon l'école positiviste, la validité d'un acte normatif ne découle pas d'une qualité factuelle, mais elle se détermine par l'appartenance de cet acte à un ordre normatif donné, par son adoption conformément aux conditions posées par une norme supérieure et préalable : donc, faut-il en conclure que, considérant que l'acte d'établissement d'une nouvelle Constitution ne repose pas sur une règle juridique préalable, il s'agit d'un pouvoir extra-juridique.

A ce propos, Olivier Beaud parle de « faute logique » en se référant à l'unification dans une même catégorie du pouvoir constituant originaire inconditionné et du pouvoir constituant dérivé ou habilité, parce que ces deux pouvoirs sont complètement distincts et opposés : il affirme qu'il y a un rapport hiérarchique entre le pouvoir constituant (qui correspond au pouvoir constituant originaire) et le pouvoir de révision constitutionnelle (c'est-à-dire le pouvoir constituant dérivé) et que seulement le premier est un pouvoir souverain tandis que le deuxième est un pouvoir

non-souverain parce que institué par le premier. Donc ces deux pouvoirs ne sont pas équivalents¹.

La notion qui est à la base de ce raisonnement est la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, parmi lesquels on va placer le pouvoir de révision : dans *l'Exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Sieyès affirmait que tout acte constitutionnel supposait « *avant tout un pouvoir constituant* » distinct du pouvoir de modifier la Constitution, qui était attribué par la loi fondamentale à un « *jury constitutionnaire* ». Sieyès considérait le pouvoir constituant comme un pouvoir, par nature, métajuridique et originaire, autonome et inconditionné, en l'identifiant dans la Nation, qui était considérée une idée de droit naturel et qui aurait exercé le pouvoir constituant par des représentants spécifiques (Assemblées constituantes).

Voici les mots de Sieyès :

« *La Nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la Loi elle-même. Avant elle, et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps législatif ; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent pas y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi, et non autrement, que les lois constitutionnelles sont fondamentales. Les premières, celles qui établissent la législature, sont fondées par la volonté nationale avant toute constitution ; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies de même par une volonté représentative spéciale. Ainsi toutes les parties du Gouvernement se répondent et dépendent en dernière analyse de la Nation ».*²

¹ O. BEAUD, *Maastricht et la théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle*, Les petites affiches, 31 mars 1993, p. 15 ; du même auteur voir aussi, *La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 1993, p. 1056 et, surtout, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 315 et suiv.

² J. E. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Document électronique (Données textuelles), pp. 111-112, notice n. : FRBNF37237001, cote : NUMM-41687, in <http://gallica.bnf.fr>.

Otto Pfersmann affirme que « *le pouvoir constituant originaire ne peut être, par hypothèse, un phénomène juridique. Si l'on établit une Constitution en rupture avec celle qui existe jusqu'alors, on n'exerce pas un droit, on institue un nouveau système juridique. Le résultat est ce que nous avons appelé la Première Constitution historique. (...) L'établissement d'une Constitution ne relève pas du droit, il fonde le droit. (...) Puisqu'il n'y a pas de normes juridiques, il s'ensuit que la manière dont il convient de mettre en place une Première Constitution relève de la théorie politique non du droit* »³. Contrairement à cette conception du pouvoir constituant placé hors du droit, Claude Klein a affirmé que « *le pouvoir constituant traite tant du pouvoir d'édition d'une norme particulière, à savoir la Constitution, c'est à dire du pouvoir d'édicter la norme la plus élevée dans un système juridique, que du pouvoir de révision de cette norme* »⁴.

Georges Burdeau affirme l'antériorité logique du pouvoir constituant originaire par rapport à l'État : « *Le pouvoir constituant est le pouvoir créateur de l'État ; c'est lui qui incorpore une idée de droit dans un appareil de voies et moyens susceptible d'en procurer la réalisation. Créant l'État, il en (...) résulte qu'il est extérieur à lui. (...) Au regard de l'État, le pouvoir constituant originaire est donc un pouvoir primaire, inconditionné et parfaitement maître des formes dans lesquelles il entend s'exercer* »⁵. L'auteur, en revanche, souligne que « *le pouvoir constituant est tributaire d'une idée de droit qu'il exprime et qui le légitime, il n'existe donc pas un pouvoir constituant abstrait valable quelle que soit la société considérée. Chaque idée de droit porte un pouvoir constituant qui ne vaut que par rapport à elle (...) le pouvoir constituant appartient à l'individu ou au groupe en lequel s'incarne, à un moment donné, l'idée de droit* »⁶. De cette façon le pouvoir constituant est pleinement inséré dans le contexte social en étroite liaison avec le groupe social : cette conception a beaucoup en commun avec la théorie de la Constitution matérielle, implantée en Italie par le constitutionnaliste Costantino Mortati. Selon le constitutionnaliste italien, la Constitution ne peut pas se réduire seulement aux éléments formels (Constitution formelle), mais elle est reliée à l'ordre social et représente son organisation (Constitution matérielle) : la Constitution écrite, qui est formelle et rigide, englobe la Constitution matérielle dans un document et la révision de la Cons-

³ O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, coll. Précis, Dalloz, 2006, p. 93 et suiv.

⁴ C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1996, p. 4.

⁵ G. BURDEAU, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, L.G.D.J., 1984, p.85 s.

⁶ G. BURDEAU, précité.

tution peut donc affecter la Constitution formelle comme la Constitution matérielle, mais dans cette dernière hypothèse il y aura une mutation constitutionnelle qui est toutefois soumise à des limites, c'est-à-dire les objectifs de base qui ne peuvent être remis en cause sans entraîner un changement de la Constitution (matérielle)⁷.

Toutefois, rien n'empêche la Nation de respecter les règles d'organisation qu'elle-même a édicté et qu'elle peut toujours modifier : comme affirmera George Burdeau, « *le seul fondement valable de l'obligation où se trouve la nation de respecter la volonté des pouvoirs constitués, c'est la possibilité qu'elle conserve de les organiser différemment* »⁸, même s'il n'est pas indifférent à une certaine idée de supra-constitutionnalité, en se rattachant ici davantage au positivisme sociologique de Léon Duguit, qui voyait dans la Déclaration de 1789 (conçue comme le trait d'union entre le droit naturel et le droit positif) un ensemble des règles et principes hiérarchiquement superposés au pouvoir constituant, qu'au positivisme juridique de Carré de Malberg⁹.

Cette conception « séparatiste » a suscité des oppositions de la part des positivistes, parmi lesquels Carré de Malberg qui a théorisé l'identification entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, en institutionnalisant ce dernier par des règles spécifiques de procédure. Selon Carré de Malberg, le pouvoir constituant originaire se situe hors du droit : dans l'ordre étatique, il n'y a pas d'organes constituants, il y a seulement des organes institués. S'il y a un changement de Constitution, même par un acte révolutionnaire, qui est inconstitutionnel en lui-même (et qui constitue l'exemple le plus efficace du pouvoir constituant originaire comme fait non juridique) le Gouvernement, qui s'impose *de facto*, rétablit l'équilibre entre le droit et la légalité bafouée.

La doctrine italienne a bien illustré la nature du pouvoir constituant en tant que fait non juridique en distinguant, d'une part, la création d'un nouvel ordre constitutionnel et, d'autre part, sa légitimation *ex post* : dès lors qu'il est exercé, le pouvoir constituant s'étend dans la Constitution qui est le produit du procès de création¹⁰ ; et

⁷ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998; v. en ce sens, F. MODERNE, « *Reviser* » la Constitution, Paris, Dalloz, 2006, pp. 12-13.

⁸ G. BURDEAU, *Traité des Sciences Politiques*, Paris, LGDJ, 1983 (3^{ème} éd.), t. IV, p. 195.

⁹ S. RIALS, *Supra-constitutionnalité et systématisme du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 56 et suiv.

¹⁰ A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1997, p. 25 ; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 154 ; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 13; IDEM, *Costituente (potere)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Roma, UTET, 1989, Vol. IV, 285 ss.; IDEM, *Potere costituente e potere costituito*, in *Quaderni*

la Constitution sera douée d'efficacité en produisant des effets juridiques contraignants après une légitimation, qui est souvent populaire¹¹.

Ce qu'on veut dire c'est que les déterminations du pouvoir constituant ne sont pas définitives dès lors qu'il y a le consensus politique du corps souverain, c'est-à-dire la nation : par exemple, rappelons nous du résultat négatif du référendum du 5 mai 1945 sur le premier projet de Constitution, fortement voulu par le général de Gaulle mais entravé par la majorité de la 1^{ère} Constituante (MRP, PCF et SFIO). Il n'est pas possible d'identifier *a priori* l'acte ou le procès, ni d'ailleurs les sujets qui édifieront le nouvel ordre constitutionnel, parce que chaque « bouleversement » des objectifs de base du régime en vigueur est exercice du pouvoir constituant ; en outre, le titulaire du pouvoir constituant est le peuple qui s'intègre, *a priori* (par l'élection d'assemblées spécifiques)¹² ou *a posteriori* (par référendum), au projet d'une nouvelle Constitution élaboré par une élite ou même par une faction, en cas de révolution.

Comme l'a dit Georges Burdeau, « *C'est qu'en effet la constitution issue du mouvement révolutionnaire n'est initiale que dans la forme. C'est la « première » constitution si on l'envisage sous son aspect extérieur de document aménageant systématiquement l'exercice du Pouvoir politique. Mais, dans la réalité, le seul acte constitutionnel véritablement empreint du caractère initial, c'est celui, dépourvu de toutes formes, par lequel le gouvernement révolutionnaire a imposé son autorité. Il en résulte que le pouvoir constituant inconditionné, le seul vraiment originaire, ne peut*

costituzionali, 1995, 7 ss.; IDEM, *Potere costituente e potere costituito*, in *Alternative*, 1996, n. 4, 64 ss.; S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), in *Scritti minori*, t. I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 129; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. 1, p. 587; P.G. GRASSO, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, Vol. XXXIV, 642 ss.; A. Negri, *Il potere costituente*, Varese, Sugarco, 1992, *passim*; P. POMBENI (cur.), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 1992, *passim*; G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (sous la direction de), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 35 ss.; E-W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, in *ivi*, 231 ss.; M. LUCIANI, *Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente*, in *Democrazia e diritto*, 1995, 104 ss.; IDEM, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 1996, n. 1, 124 ss.; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, CEDAM, 2002, *passim*; C.S. NINO, *El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica*, in E. BULYGIN, M.D. FARRELL, C.S. NINO, E.A. RABOSI (sous la direction de), *El lenguaje, del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1983, 339 ss.

¹¹A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione*, cit., p. 44.

¹²Le gouvernement de défense nationale proclame le 4 février 1871 : « *Ce que nous voulions faire, le voici: avant tout n'usurper aucun droit. A la France seule appartient le droit de disposer d'elle même. Nous avons appelé la France à élire librement une Assemblée qui, dans cette crise suprême fera connaître sa volonté* » (G. BURDEAU, *Traité*, cit., t. IV, p. 203).

se réclamer du souverain que par la présomption dont nous avons parlé »¹³, c'est-à-dire la présomption qui identifie le régime provisoire à la volonté constituante souveraine grâce à la ratification successive par la nation de l'acte révolutionnaire.

2. La primauté de la Constitution face à la loi du Parlement et la théorie des limites à la révision de la Constitution en perspective comparée

La distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoirs constituants dérivés, parmi lesquels on peut placer le pouvoir de révision de la Constitution, et l'antériorité du premier sont le fondement du principe de rigidité constitutionnelle, qui présuppose la primauté formelle et substantielle de la Constitution sur la loi du Parlement et qui doit assurer la stabilité des choix politiques fondamentales consacrées dans les Constitutions.

Le principe de rigidité constitutionnelle comprend la rigidité formelle, c'est-à-dire l'ensemble des règles spéciales de procédure conditionnant la modification de la Constitution dans le but de garder sa primauté, et la rigidité substantielle, à savoir la partie essentielle de la Constitution qui ne peut pas être modifiée sans changer la Constitution même et donc en imposant une nouvelle Constitution par l'exercice d'un véritable pouvoir constituant.

L'élément essentiel du principe de rigidité ne réside pas seulement dans la prévision de procédures spéciales de révision, qui poursuivent le but de garantir la permanence d'un régime constitutionnel en permettant son adaptation aux changements politiques et sociaux : on ne doit pas confondre la cause avec l'effet, ou mieux, la garantie de ce principe. En fait, la rigidité d'une Constitution est donnée par la position de suprématie dans la hiérarchie des normes juridiques, de sorte que la Constitution devient le paramètre de validité de toutes les dispositions législatives du même ordonnancement juridique.

Pourtant, dans les Constitutions il devrait y avoir un noyau « dur » et une partie « souple » : Benjamin Constant connaissait cette distinction et affirmait que seulement le premier, composé par les attributions des pouvoirs étatiques et par les droits fondamentaux, était garanti par des règles spéciales de révision.

Dans ce sens, nous aurions une gradation entre normes constitutionnelles, de sorte que certaines dispositions ou principes soient considérés plus forts que d'autres.

¹³ G. BURDEAU, *Traité*, t. IV, cit., p. 204.

* * *

C'est aux États-Unis qu'à travers l'élaboration de la jurisprudence de la Cour suprême, la position préférentielle (*preferred position*) de certains droits fondamentaux s'est affirmé, surtout la liberté de manifestation de la pensée et la liberté de religion, dont la protection est maximale. Mais cette graduation opère au niveau infra-constitutionnel quant à la constitutionnalité des lois ordinaires : en ce qui concerne les amendements, on souligne qu'aux États-Unis cette technique de révision n'est pas comparable à celle qui s'est développée en Europe, parce qu'elle complète le texte constitutionnel en le parachevant mais sans modifier les dispositions de la Constitution. Dans ce contexte, l'interprétation de la Cour suprême joue un rôle très important.

En particulier, la Cour suprême statue sur la conformité des amendements à l'art. 5 de la Constitution fédérale qui prévoit les conditions formelles de la procédure de révision constitutionnelle (demande d'amender par deux tiers des deux Chambres ou par les législatifs de deux tiers des États membres ; proposition d'amendement par une Convention ; ratification des amendements proposés selon une des modalités suivantes choisies par le Congrès, à savoir ratification par les législatifs (législatures) des trois quarts des États membres ou par les trois quarts des conventions réunies dans chacun des États membres) et une limite matérielle, c'est-à-dire l'interdiction de réviser le principe de l'égalité de représentation au Sénat fédéral sans consentement des États membres.

Ce contrôle est paru bien avant le contrôle de constitutionnalité des lois : la première décision de la Cour suprême est du 1798 (affaire *Hollingsworth v. Virginia*) dans laquelle le juge a examiné le respect des conditions formelles par la procédure d'approbation des amendements. À partir de cette décision la Cour a élaboré, dans les contextes les plus variés (appels, injonctions et suiv.), un véritable catalogue quant à la forme des amendements constitutionnels et à la correcte application de l'art. 5¹⁴ :

- 1) le veto présidentiel s'applique seulement à la législation ordinaire (*Hollingsworth v. Virginia*, 1798) ;
- 2) le vote des deux tiers pour l'adoption d'une proposition d'amendement dans chaque Chambre se calcule sur les membres présents (*National Prohibition Cases*, 1920) ;

¹⁴ Sur ce point, Kemal GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnel*, Villeneuve d'Ascq, Presse Universitaire du Septentrion, 1997, 2 volumes.

- 3) un État fédéré ne peut pas soumettre au référendum la ratification d'un amendement (*Hawke v. Smith*, 1920) ;
- 4) la ratification est accomplie après la ratification du dernier État et elle doit être faite dans un délai raisonnable, qui peut être fixé dans la proposition d'amendement (*Dillon v. Gloss*, 1921) bien que la question du caractère raisonnable du délai est une question politique et non juridique (*Coleman v. Miller*, 1939) ;
- 5) La ratification d'un amendement par un État fédéral est une fonction fédérale (*Leser v. Garnet*, 1922) et le choix de la méthode pour la ratification de l'amendement (par le législatif ou par les conventions) appartient au Congrès (*Coleman v. Miller*, 1939)¹⁵.

Le jugement de la Cour suprême, donc, n'est pas un contrôle sur le fond des amendements constitutionnels : c'est vrai que l'art. 5 de la Constitution prévoit la limite matérielle portant sur l'égalité du suffrage au Sénat fédéral des États fédérés, mais il n'y a pas eu amendements sur ce point et jusqu'aujourd'hui la Cour a refusé de se prononcer sur le contrôle de fond des amendements constitutionnels, en affirmant qu'il s'agit de questions politiques qui ne relèvent pas de sa compétence. Cette circonstance, toutefois, n'empêche que, considérant les particularités du constitutionnalisme américain fondé sur le principe de légitimation des organes constitutionnels et de la balance entre eux, en cas de changement du contexte politique la Cour puisse se décider à élargir son contrôle au contenu des amendements : ce n'est pas par hasard que la théorie du contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels a été avancé en 1920, quand la Cour a affirmé que le pouvoir d'amender la Constitution est limité à cause du fait que ce pouvoir peut intégrer la Charte fondamentale mais il ne peut pas la démanteler. Raison pour laquelle il faut renforcer les limites au pouvoir d'amender la Constitution, même s'il faut déduire ces derniers implicitement (*implied limitations*)¹⁶.

* * *

¹⁵ J.E. NOWAL, R.D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, Minnesota, Thompson West, 2004, pp. 130-132.

¹⁶ W.L. MARBURY, *The Limitation upon the Amending Power*, in *Harvard Law Review*, 1919-1920, pp. 223 et suiv. ; T. REED POWEL, *A Review on the Decisions of the Supreme Court of the United States on Constitutional Questions during the October term, 1919*, in *Michigan Law Review*, 1920, vol. 19, pp. 4 et suiv. ; G.D. SKINNER, *Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment*, in *Michigan Law Review*, 1920, vol 18, pp. 213 et suiv. ; contrairement, W.L. FRIERSON, *Amending the Constitution of United States: a Reply to Mr Marbury*, in *Harvard Law Review*, 1919-1920, pp. 659 et suiv.

En revanche, dans la Constitution allemande et autrichienne on retrouve la même graduation entre normes constitutionnelles : en Allemagne, le Tribunal constitutionnel fait référence au noyau dur constitutionnel (*Verfassungskern*) établi par l'art. 79.3 GG. et aux principes de l'État de droit (*Rechtstaatsprinzip*), d'égalité et de l'État social (*Sozialstaatsprinzip*) prévus par les articles 1 et 20 GG (décision du 15 décembre 1970 ; décision du 29 mai 1974, Solange I ; décision du 22 octobre 1986, Solange II ; décision du 23 avril 1991 et, enfin, décision du 12 octobre 1993). Auparavant, dans les années cinquante, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand s'est inspirée aux principes du droit naturel pour affirmer l'existence de normes fondamentales supra-positives¹⁷ : dans un *obiter dictum* de la décision du 23 octobre 1951 le *Bundesverfassungsgericht* a affirmé que « il y a des principes constitutionnelles qui sont tellement fondamentaux et sont tellement l'expression d'un droit préexistant à la Constitution qu'ils lient le constituant même et que les autres dispositions constitutionnelles qui n'ont pas ce rang peuvent être annulées quand elles portent atteinte à la Constitution ».

Par la suite, avec la décision du 18 décembre 1953, le Tribunal constitutionnel allemand, d'une façon pas complètement acceptable, a reconnu le double assujettissement soit du pouvoir constituant originaire aux principes supra-positifs soit des lois de révision aux principes essentiels de la Loi fondamentale, en introduisant ainsi une hiérarchie parmi les normes constitutionnelles. En effet, le Tribunal constitutionnel n'a statué sur une loi constitutionnelle ni dans la décision du 1951 ni dans la décision du 1953, à différence des décisions du 15 décembre 1970 et du 23 avril 1991 dans lesquelles elle a effectivement jugé de la constitutionnalité de deux lois constitutionnelles, en démontrant leur conformité à la Constitution fédérale.

* * *

En Autriche, la doctrine reconnaît l'existence d'une typologie des normes constitutionnelles par rapport à la graduation des procédures de révision¹⁸ : la relation entre juge constitutionnel et législateur constitutionnel est particulière parce que nous sommes en présence d'un pays qui est toujours en phase constituante (nous comp-

¹⁷ V. BUERSTEDDE, *La Cour constitutionnelle de la République fédérale allemande*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1957 ; T. COLE, *The West German Federal Constitutional Court : An Evaluation After Six Years*, in *The Journal of Politics*, 1958, pp. 302 et suiv. ; IDEM, *Three Constitutional Courts : A Comparison*, in *The American Political Science Review*, 1959, pp. 973 et suiv.

¹⁸ O. PFERSMANN, *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale - Théorie, pratique, limites*, in L. FAVOREU (sous la direction de), *La révision de la Constitution*, Paris, Economica, 1993, p. 31.

tons soixante-quinze révisions de 1929 à 1999 et six-cent soixante-dix lois constitutionnelles de 1945 à 1992) et dans lequel souvent l'adoption de nouvelles dispositions constitutionnelles vise à neutraliser les décisions de la Cour constitutionnelle. En Autriche, donc, la Constitution ne prévoit aucune limite matérielle à la révision : toutefois, en cas de contrôle portant sur des lois de révision partielle, celui s'étendra non seulement sur la régularité formelle mais encore sur le contenu de ces lois.

* * *

D'ailleurs, même en France on peut considérer acquise l'existence d'une hiérarchisation entre principes constitutionnels : la forme républicaine du gouvernement, qui comprend les principes fondamentaux de la République (démocratie, laïcité, égalité, séparation des pouvoirs, etc.) a été considérée par le Conseil constitutionnel comme une limite à la révision constitutionnelle, dans la décision n. 93-312 du 2 septembre 1993 (Maastricht II).

* * *

Selon cette conception, les Constitutions sont faites par principes et non seulement par règles : cette interprétation considère la Constitution comme un ensemble de principes, qui constitue le noyau essentiel soustrait au pouvoir de révision constitutionnelle et souvent intégré par les principes descendants de l'ordre juridique international et de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹.

Dans cette perspective dans le texte constitutionnel on peut distinguer:

1. Au niveau plus haut, les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel, qui constituent l'esprit de l'État (et donc la forme de l'État) et qui ne peuvent faire l'objet d'une révision sans entraîner un changement global de Constitution. À ce propos on peut souligner que les Constitutions n'identifient pas toujours ceux qu'on appelle « principes fondamentaux » ou « principes suprêmes » de l'ordre constitutionnel : toutefois on aperçoit que tels principes sont communs à la plupart des États contemporains et ce n'est pas par hasard qu'on parle au niveau européen de traditions constitutionnelles communes qui s'inspirent aux principes suprêmes nationaux sans s'y identifier complètement.

¹⁹ G. DE VERGOTTINI, *Referendum e revisione costituzionale: un'analisi comparativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 1350 et suiv.

2. Au-dessous, les normes des traités internationaux ratifiées par les organes compétentes qui sont soumis aux principes fondamentaux (par exemple : art. 11 Constitution italienne ; art. 55 Constitution française 1958 ; art. 94, lettre e), et 95 Constitution espagnole).
3. Enfin, les autres normes de la Constitution qui sont modifiables avec la procédure de révision constitutionnelle.

Les principes qui sont énoncés au numéro 1 constituent le noyau dur du principe de rigidité constitutionnelle.

La doctrine italienne a largement repris la théorie de la distinction à l'intérieur du principe de rigidité entre un noyau dur et une partie souple pour fonder la théorie des limites au pouvoir de révision: en fait, elle a soutenu que dans le texte de la Constitution italienne existeraient des limites à la révision constitutionnelle.

Ces limites sont contenues, tout d'abord, dans la clause de blocage du système juridique constitutionnel, l'art. 139 de la Constitution italienne, qui établit que la forme républicaine ne peut pas faire l'objet d'une révision.

D'autres limites matérielles internes au système constitutionnel italien sont implicites dans la clause de l'art. 139 et demandent un'interprétation systématique de la Constitution : il s'agit, notamment, des principes constitutionnels fondamentaux contenus dans les premières dispositions de la Constitution italienne (art. 1-12) et des droits fondamentaux qui constituent le contenu essentiel de la Constitution italienne.

En outre, une partie importante de la doctrine italienne a retenu qu'un élément ultérieur de distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision est l'existence de limites à la procédure de révision même en présence d'une révision totale de la Constitution : les positions doctrinaires, même si elles concordent sur l'existence de limites absolues à la révision totale, qui garantissent la sauvegarde des principes fondamentaux et de la forme de l'État, sont très nuancées. D'une part, on parle de limites à la révision totale explicitées dans le texte de la Constitution ou qui peuvent être aisément déduites par l'interprétation systématique (limites implicites ou internes à la Constitution)²⁰; d'autre part, on considère que la prévision constitutionnelle de la procédure de révision totale comporte un changement de nature du pouvoir constituant qui devient juridique et qui, toutefois, reste lié au respect des droits fondamentaux et du principe de la souveraineté populaire, développés au

²⁰ A. PACE, *L'instaurazione...*, cit., p. 33 ; F. MODUGNO, *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (In occasione di un commento al messaggio alla Camera del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, p. 1650.

sein du constitutionnalisme ; c'est le cas des Constitutions suisse, espagnole, autrichienne, qui prévoient différentes procédures de révision constitutionnelle totale²¹.

Comment on vient de voir, ces conclusions ne constituent pas une nouveauté sur la scène constitutionnelle européenne et étrangère : en fait, le pouvoir de révision est lié par des limites, expresses ou implicites, de nature formelle et substantielle²².

2.1. Les limites formelles

Les limites formelles concernent la possibilité de modifier la procédure de révision constitutionnelle. Les dispositions constitutionnelles, qui règlent la procédure de révision et qui organisent les modalités de production de la législation constitutionnelle, prévalent sur les autres sources du droit, sauf sur les principes fondamentaux, et donc la procédure de révision doit garantir le principe de rigidité et la primauté de la Constitution : c'est pourquoi sa modification présente des aspects problématiques. La procédure de révision, en tant que garantie formelle du principe de la rigidité constitutionnelle, fait partie du noyau dur de ce principe, qui ne peut pas être modifié.

Toutefois, nous devons souligner que ce qui n'est pas modifiable c'est le principe selon lequel *les dispositions de la Constitution, issues du large compromis politique constituant, sont modifiables par une procédure qualifiée* : donc le principe de l'aggravation procédurale doit être sauvegardé, mais la procédure spécifique peut être changée, en gardant les différences formelles et substantielles entre lois constitutionnelles et lois ordinaires.

En fait, en excluant la possibilité de réviser la procédure de révision constitutionnelle, il y aurait le paradoxe suivant : si on arrivait à se rendre compte que la procédure de révision constitutionnelle était devenue très faible à cause des mutations dans le contexte politique et institutionnelle, on aurait des difficultés à l'aggraver dans le but de garantir effectivement le principe de rigidité. En Italie, une proposi-

²¹ L'émergence de la distinction entre changement totale de la Constitution et modification de telle ou telle autre disposition constitutionnelle a été prévue pour la première fois dans la Constitution fédérale helvétique de 1874, qui vise deux procédures de révision très complexes (art. 120-121 Const.). Sur cette question, G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997, pp. 75 ss. ; S. PRISCO, *I limiti culturali del potere costituente. Note sul processo di riforma costituzionale in Italia*, in E. ROZO ACUÑA (sous la direction de), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma-Napoli, 1999, pp. 384 ss. ; V. Baldini, *Potere costituente, revisione costituzionale, riforma organica della Costituzione. Considerazione a margine della L. cost. n. 1/97*, in *ivi*, p. 340 .

²² M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 105 et suiv.

tion de révision de l'article 138 (proposition n° 868 du 7 mai 2008) est actuellement en discussion au Parlement. Elle vise à engendrer une aggravation ultérieure de la procédure de révision constitutionnelle, en augmentant les quorums des deux délibérations.

2. 2. Les limites matérielles ou substantielles

Les limites matérielles ou substantielles sont :

- a) *Les limites expresses contextuelles*, c'est-à-dire l'interdiction de réviser la Constitution pour une période déterminée ou en présence de circonstances exceptionnelles qui ne consentiraient pas la réflexion nécessaire pour adopter une révision de la Constitution. Pour le premier cas on rappelle les limites temporelles contenus, par exemple, dans la Constitution américaine, qui interdit de réviser la Constitution avant le 1808 pour ce qui concerne la Section IX, parties I et IV ou dans la Constitution du Portugal de 1976 qui impose le délai de cinq ans à partir de la publication de la dernière révision, délai qui peut être réduit par une délibération du Parlement à la majorité de 4/5. Pour les limites à la révision liées aux circonstances exceptionnelles on rappelle :
 - 1) les artt. 7 et 89.4 de la Constitution française qui interdisent la révision soit en cas de vacance du Président de la République, ce qui confirme le rôle de garantie de l'institution présidentielle, soit quand l'intégrité du territoire résulte violée, en introduisant un mécanisme de protection contre l'occupation militaire étrangère (on rappelle l'occupation allemande de juillet 1940) ;
 - 2) les artt. 116 et 169 de la Constitution espagnole qui établissent qu'aucune révision de la Constitution peut être faite en temps de guerre, ou en cas d'état d'alarme ou d'exception décrétés par le Gouvernement ou en cas d'état de siège proclamé par le Congrès ;
 - 3) l'art. 131 bis de la Const. Belge, qui établit qu'aucune révision de la Constitution peut être faite en temps de guerre ou quand le Parlement ne peut pas se réunir librement sur le territoire national.
- b) *Les limites expresses de contenu*. Nous avons des exemples de Constitutions qui précisent le contenu de l'interdiction de réviser en énumérant les principes-limites à la révision :
 - 1) L'art. 79.3 de la Constitution allemande selon lequel est inadmissible un amendement constitutionnel qui affecte le principe démocratique

et social, la souveraineté du peuple, les droits fondamentaux, le suffrage universel, le principe de la participation des Länder à la législation, le droit de résistance civique ;

- 2) La Constitution portuguese, qui est la plus détaillée, dans l'art. 288, lettres A-O (intitulé expressément « Limites matérielles à la révision »), prévoit l'interdiction de réviser le principe d'indépendance et d'unité de l'État, la forme républicaine du gouvernement, la séparation entre Église et État, les droits et les libertés fondamentaux, le suffrage universel, le pluralisme politique et social, les garanties fondamentales des citoyens, la séparation des pouvoirs, le droit d'opposition démocratique, les droits des salariés, l'indépendance de la magistrature, l'autonomie locale, le principe de l'économie mixte avec programmation publique, l'indépendance des archipel des Açores et Madeira.
- 3) Dans les Constitutions des États fédéraux, notamment il existe une clause constitutionnelle qui interdit la révision de la forme fédérale, ainsi que la modification des droits de participation des États membres aux fonctions fédérales (Constitution allemande de 1949 art. 79.3 ; Constitution des États-Unis, art. 5 dernier al.).
- 4) Certains systèmes constitutionnels prévoient des restrictions à la révision constitutionnelle qui puissent porter atteinte aux fondements de l'État parlementaire (Constitution grecque de 1975, art. 110.1), même si la forme de gouvernement parlementaire ne paraît pas correspondre à un principe fondamental auquel on ne peut déroger, ainsi que à la forme républicaine (Constitution italienne de 1948, art. 139 ; Constitution française de 1958, art. 89.5), à la dignité de la personne, à l'égalité des citoyens, à la liberté de conscience, même religieuse, aux droits de liberté (Constitution allemande de 1949, art. 1 ; Constitution portugaise de 1976, art. 288 ; Constitution grecque de 1975, art. 110.1). La confirmation de l'importance de l'existence des limites à la révision constitutionnelle découle de la circonstance qu'actuellement en Italie plusieurs propositions de révision de l'art. 139, qu'interdit la révision de la forme républicaine, sont en discussion au Parlement : ces propositions visent à préciser les principes fondamentaux qui sont soustraits à la révision (autonomie de la magistrature, institutions et procédures de garantie), même si la problématique liée à la réécriture, à fins dé-

claratifs, des limites constitutionnelles a été déjà mise en évidence par la doctrine italienne²³.

- c) *les limites implicites et internes au système constitutionnel et qui sont à interpréter de façon systématique* : on fait référence aux principes fondamentaux ou suprêmes de l'ordonnement constitutionnel, issus de l'interprétation du juge constitutionnel.

À partir du moment où l'on admet l'existence de limites matérielles à la révision de la Constitution, inscrites dans le texte constitutionnel, la violation de cette limitation se traduit en violation de la Constitution même, ce qui déclenche une modification inconstitutionnelle ou « révolutionnaire » de la Constitution, selon la définition que Kelsen donne au mot « révolution », et demande que le juge constitutionnel décide de la conformité ou non à la Constitution de la loi de révision.

La Cour constitutionnelle italienne, depuis 1988, a déjà reconnu sa compétence à contrôler la conformité constitutionnelle de la loi de révision dans la décision n. 1146 du 29 décembre 1988²⁴.

En considérant le pouvoir de révision comme un pouvoir parlementaire soumis à la Constitution italienne, pouvoir institué par cette Constitution et intégré, sur le plan des effets, par un référendum facultatif, avec la susdite décision le juge italien a affirmé que *La Constitution italienne comporte des principes suprêmes qui ne sauraient être renversés ou modifiés dans leur contenu essentiel par les lois de révision constitutionnelle ou autres lois constitutionnelles. Ce sont les principes que la Constitution indique expressément comme les limites absolues au pouvoir de révision constitutionnelle - voire la forme républicaine du gouvernement (article 139 de la Constitution italienne) - ainsi que les principes qui, bien qu'ils n'aient pas été explicitement considérés comme non modifiables par une révision, représentent l'esprit de la Constitution elle-même (t.d.r.)*

Cette interprétation de la Cour constitutionnelle italienne a été, par la suite, confirmée par l'arrêt n° 366 du 23 juillet 1991, dans lequel la Cour a souligné, par un *obiter dictum*, qu'il existe des limites à la révision constitutionnelle représentées par tous les droits inviolables « *qui ne peuvent pas être objet de révision, quand ils représentent des valeurs fondamentales de la personne et les fondements de l'ordre démocratique républicain* ». Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle italienne a mis en exergue la distinction radicale entre les limites « explicites » (à savoir l'art.

²³ A. RUGGERI, *Nota minima a riguardo della emendabilità dell'art. 139 cost. (a margine del progetto di legge Sen. n. 766)*, in www.quadernicostituzionali.it

²⁴ Voir la décision dans la revue *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 5565. Pour l'interprétation de la doctrine T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 566 et suiv. ; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 119 et suiv.

139 Const. italienne) et les limites « implicites » au texte constitutionnel (c'est-à-dire les principes et les droits fondamentaux contenus dans la 1^{ère} partie de la Constitution italienne).

De la même façon la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* met en œuvre, par rapport aux lois de révision, le même contrôle que celui qui existe pour la loi ordinaire, en affirmant l'ancrage constitutionnel aux paramètres expressément prévus par la Constitution allemande de 1949, à savoir la forme fédérale de l'État, le principe de coopération entre *Länder*, la protection des droits fondamentaux (dans leur contenu essentiel) et de l'ordre démocratique : nous rappelons, à ce propos, l'arrêt rendu le 15 décembre 1970 et l'arrêt du 23 avril 1991, dans lesquels le Tribunal constitutionnel allemand avance une interprétation extensive des limites matérielles au pouvoir de révision, en se référant au principe d'égalité qui, bien que non contenu dans l'art. 79.3, a été déclaré immuable parce qu'il ferait partie de « l'ordre objectif de valeurs » organisé hiérarchiquement qui constitue la partie de la Loi fondamentale consacré aux droits fondamentaux²⁵.

La Cour constitutionnelle autrichienne dans la décision VfSlg 11.829/1988 a précisé la distinction entre révision partielle (adoptée à la majorité qualifiée) et révision totale (adoptée à la majorité qualifiée plus référendum obligatoire) en droit constitutionnel en faisant évoluer sa jurisprudence sur le contrôle des lois constitutionnelles : en particulier la Cour a posé le principe selon lequel une accumulation de révisions partielles pourrait être, à cause de l'ampleur ou du caractère radical des changements, équivalent à une révision totale en fraude à la Constitution puisque cette-ci n'est pas admise. Donc la Cour autrichienne, même si elle n'a pas encore sanctionné aucune loi constitutionnelle, a précisé qu'une loi constitutionnelle simple ou une accumulation de révisions partielles sont en condition de porter atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel, à savoir à la non modifiabilité de la forme républicaine et démocratique du gouvernement, au fédéralisme, à l'État de droit, à la séparation des pouvoirs²⁶.

3. Les limites à la révision constitutionnelle en France : la portée de la décision n. 2003-469

²⁵ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, p. 169.

²⁶ O. PFERSMANN, *La révision constitutionnelle...*, cit., pp. 27-28 ; J. PINI, *La cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant*, Cahiers du Conseil constitutionnel, in www.conseil-constitutionnel.fr.

En France, en revanche, tout contrôle de la loi constitutionnelle paraît avoir été empêché, de façon tranchante, par la décision du Conseil constitutionnel n. 2003-469 DC du 26 mars 2003, très courte et surprenante (elle contient seulement trois brefs considérants) : malgré les nombreux exemples étrangers, les conclusions tirées de l'interprétation particulière du principe de la primauté (absolutiste) parlementaire, élaborées par la doctrine positiviste française, ont été appliquées à la décision n° 2003-469 du Conseil constitutionnel par de nombreux spécialistes du droit constitutionnel français²⁷. Bref, si la primauté parlementaire en Italie est assurée et rehaussée par le respect de la part du Parlement des libertés et des principes fondamentaux, sanctionné dans toutes les formes de la loi (même de révision) par le juge constitutionnel, en France l'affirmation de ce principe trouve sa justification dans la négation de l'existence d'une autorité supérieure au Parlement et du principe de la « coquille dure » constitutionnelle, c'est-à-dire de l'existence de plusieurs principes constitutionnelles (expresses ou tacites) qui limitent le pouvoir de révision constitutionnelle. On comprend bien le *ratio*, plus politique que juridique, qui est au fondement de la décision du 26 mars 2003 du Conseil et qui vise à préserver la souveraineté du constituant, à savoir la primauté parlementaire.

En revanche le Conseil constitutionnel, dans sa décision Maastricht II (19^{ème} considérant) de 1992, laissait entendre qu'il était compétent à contrôler les révisions de la Constitution, en admettant que

- a) *« sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et,*
- C'est-à-dire les limites contextuelles -

- b) *d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut pas faire l'objet d'une révision »,*
- C'est-à-dire la limite matérielle -

- c) *le pouvoir constituant est souverain; Qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée; Qu'ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas*

²⁷ Voir les commentaires à la décision du Conseil, in *Revue de Droit Public* n. 3/2003.

qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle; Que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite » .

- C'est-à-dire le pouvoir de réviser la Constitution n'est pas « libre » dans ses buts mais il est conditionné -

Donc, le Conseil constitutionnel affirmait entre les lignes de la décision Maastricht II :

1) que le pouvoir de révision (même si le Conseil, dans ses décisions du 2 septembre 1992 et du 26 mars 2003, utilise de façon impropre et aspécifique la locution « pouvoir constituant » sans ajouter l'adjectif « dérivé » ou « institué ») a trois limites d'ordre « formels », c'est-à-dire, des limites de procédure (vacance du Président de la République ; mise en œuvre des pouvoirs extraordinaires ; atteinte à l'intégrité du territoire national) et une limite d'ordre matériel, « la forme républicaine du gouvernement » ;

2) que la Constitution se superpose à la loi constitutionnelle et de conséquence que la forme républicaine de gouvernement, y compris le bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire l'ensemble des droits et libertés qui font partie intégrante de la tradition républicaine française, n'admet pas de révision. Cette observation est très importante parce que les principes juridiques supérieurs, qui représentent les limites « internes » du pouvoir constituant et qui établissent le nouveau régime constitutionnel (le respect de la dignité de l'homme, de la liberté et de l'égalité devant et par la loi), constituent le trait d'union entre le manifeste révolutionnaire (la Déclaration du 4 août 1789) et l'ordre républicain actuel ;

3) que le Conseil constitutionnel se reconnaît, bien que timidement, compétent pour contrôler qu'une loi (même de révision) ne porte pas atteinte aux conditions d'exercice de la souveraineté, identifiées dans la garantie des droits et des libertés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis 1985 (Cons. const., 85-188 DC de 22 mai 1985), ou bien aux principes de valeur constitutionnelle intrinsèques à la forme républicaine du gouvernement ;

4) que, donc, les limites à la révision de la Constitution, considérées dans l'article 89, dernier alinéa, de la Constitution, ne sont pas une « coquille vide », mais qu'elles s'étendent aux principes fondamentaux de l'ordre juridique républicain, à savoir les principes contenus dans le Préambule de la Constitution, le Préambule de 1946 et la Déclaration des droits de 1789 qui ont été intégrés à la Constitution de la V République par le même Conseil constitutionnel dans la décision du 16 juillet 1971 et qui ont valeur constitutionnelle.

Dans ce contexte culturel le rejet de compétence édicté par le Conseil constitutionnel dans la décision de mars 2003 a beaucoup de surprenant.

De plus, le juge « de la loi » aurait pu se reconnaître titulaire d'un véritable pouvoir de contrôler la conformité (ou non) à la Constitution des lois de révision : une partie importante de la doctrine française a plaidé en faveur de la reconnaissance de cette compétence par le Conseil.

En particulier, Jacques Robert²⁸ a souligné que le Conseil constitutionnel en cette occasion aurait du faire preuve de sagesse en n'édictant pas le refus de compétence: le risque d'un bouleversement des principes démocratiques fondamentaux (suffrage universel, art. 2 et 3 de la Constitution ; souveraineté nationale, art. 3 de la Constitution ; séparation des pouvoirs, art. 16 de la Déclaration de 1789 et article unique, alinéa 2, de la loi du 3 juin 1958 ; forme républicaine du gouvernement, art. 89.5 de la Constitution) par une majorité parlementaire contingente n'est pas hypothétique. Il est évident que le pouvoir de révision, en étant un pouvoir encadré, ne peut pas être un pouvoir arbitraire et, donc, illimité.

De même, Marguerite Canedo²⁹ e Thomas Meindl³⁰ ont souligné que le Conseil constitutionnel à manqué l'occasion aussi bien de se reconnaître le pouvoir de contrôler les lois constitutionnelles, en précisant sa compétence, que de définir le contenu matériel de la notion constitutionnelle de forme républicaine de gouvernement, en pouvant faire référence à l'interprétation extensive de cette notion, qui aujourd'hui ne peut pas avoir le même sens qu'elle avait lors de sa première élaboration en 1884 - à savoir d'opposition à la restauration monarchique - en devant forcément être compréhensive de la notion de forme démocratique.

Ce sont les même remarques que les sénateurs requérants ont écrit dans la saisine présentée au Conseil le 19 mars 2003, avec laquelle ils soutenaient que l'objet (et la tâche) de l'article 89.5 est de protéger la forme républicaine du gouvernement en tant qu'organisation des pouvoirs publics, mais aussi de garantir une société fondée sur la liberté, l'égalité et la fraternité et que « *La forme républicaine au sens de l'article 89 de la Constitution s'entend donc non seulement au regard de la nature républicaine du régime, mais aussi de la République telle qu'elle a été définie par la Déclaration de 1789, les loi constitutionnelles de 1875, la Constitution de 1946 et son Préambule et la Constitution de 1958* » (voir la saisine précitée).

²⁸ J. ROBERT, *La forme républicaine du gouvernement*, in *Revue du Droit Public*, 2003, p. 357 et suiv.

²⁹ M. CANEDO, *L'histoire d'une double occasion manquée*, in *Revue du Droit Public*, 2003, p. 767 et suiv.

³⁰ T. MEINDL, *le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent*, in *Revue du Droit Public*, 2003, p. 741 et suiv.

Cette notion « élargie » de la forme de gouvernement a été déjà développée par le général de Gaulle dans son discours du 4 septembre 1958 prononcé à Paris en place de la République : « *C'est alors, qu'au milieu de la tourmente nationale et de la guerre étrangère, apparut la République ! Elle était la souveraineté du peuple, l'appel de la liberté, l'espérance de la justice. Elle devait rester cela à travers les péripéties agitées de son histoire. Aujourd'hui, autant que jamais, nous voulons qu'elle le demeure* »³¹.

4. Une solution possible: le problème de l'existence de limites « internes » à la Constitution

Une partie de la doctrine affirme que toute Constitution a un esprit qui ne peut pas être modifié sans changer la Constitution même³² : l'organe habilité à effectuer la révision ne pourrait pas bouleverser les fondements du système constitutionnel par lequel dépend son existence. Ce raisonnement se résume dans l'expression selon laquelle la Constitution ne peut pas être une forme vide et une simple mécanique juridique, mais elle est un subtil outil de réglementation des rapports entre les individus et indique « le mode d'être de l'État ». Selon cette doctrine, toute intervention du pouvoir de révision constitutionnel sur l'esprit de la Constitution, en remettant en discussion les principes fondamentaux qui forment l'essence de la Constitution, réalise une fraude constitutionnelle³³.

³¹ Cité in *L'organisation décentralisée de la République*, in *Les éditions des Journaux Officiels*, avril 2003, p. 14.

³² G. BURDEAU, *Traité*, cit., p.232.

³³ G. BURDEAU, *Traité*, cit., p. 245 ; G. LIET-VEAUX, *La « fraude à la constitution » : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes*, in *Revue du droit public*, 1943, pp. 116 et suiv. ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 80 et suiv. Contrairement K. GÖZLER, *Sur la validité des limites à la révision constitutionnelle déduites de l'esprit de la Constitution*, in *Annales de la faculté de droit d'Istanbul*, 1997, pp. 109 et suiv. : l'auteur, en se rattachant au positivisme juridique, affirme que « *les limites déduites de l'esprit de la Constitution n'ont pas d'existence matérielle, par conséquent elles ne remplissent pas la première condition préalable de validité juridique. C'est pourquoi, ces limites, étant matériellement inexistantes, sont privées non seulement de valeur constitutionnelle, mai encore de toute valeur juridique. Par conséquent, il est vain pour un positiviste de continuer à débattre la valeur les limites déduites de l'esprit de la Constitution. Pour lui, les limites à la révision constitutionnelle consistent en celles inscrites dans les textes constitutionnels* ».

Le cœur de la question est là : on va retrouver « entre les lignes » de la Constitution le principe du contrôle des lois de révision³⁴, en abandonnant la charmante idée de l'existence d'un droit supra-constitutionnel.

Débutons avec une considération très générale selon laquelle, sur le plan formel, les alinéas 4 et 5 de l'art. 89 de la Constitution française, en tant que normes « de clôture » écrites dans la Constitution qui sont, en outre, placées après les articles dédiés à la procédure de révision, ont des effets et une valeur constitutionnels, qui s'imposent au pouvoir constituant dérivé. Autrement dit, l'art. 89 serait une « coquille vide ».

Sur le plan des limitation au pouvoir de révision, d'une part, il y a des limites textuelles représentées par les réserves mentionnées dans l'article 89 (intégrité du territoire et forme républicaine du gouvernement) et, d'autre part, le pouvoir de révision résulte conditionné par le consentement de la société aux principes fondamentaux inscrites dans la Constitution et qui représentent l'acquis démocratique du peuple français à partir de la Révolution, à savoir le respect de la dignité de la personne humaine (art. 1 de la Déclaration de 1789), de la liberté (art. 1 de la Déclaration de 1789), du pluralisme (art. 1 de la Constitution) et de l'égalité (art. 3 de la Déclaration de 1789 ; art. 1 de la Constitution de 1958). Le respect de ces principes constitutionnels et des principes démocratiques de base (sauf du suffrage universel, parfois remis en discussion par le suffrage censitaire ou élitare), proclamés par toutes les Constitutions historiques françaises à partir de la Révolution, et le consentement social, réitéré à chaque phase constituante, représentent le trait d'union entre la Déclaration des droits de 1789 et le système constitutionnel actuel : non seulement l'ensemble des principes constitutionnelles qui alimentent la tradition républicaine française s'adresse au législateur, en orientant son activité législative, mais, de plus, il faut que lesdits principes constituent la base sur laquelle fonder les modifications au système constitutionnel.

Deux ordres de raisons plaident en faveur de cette interprétation.

4.1. Questions d'interprétation lexicale

En premier lieu, sur le plan de la seule procédure, il s'agit de vérifier la nature de la loi constitutionnelle, à savoir si elle échappe à la catégorie d'acte parlementaire.

³⁴ Voir en ce sens, O. JOUANJAN, *La forme républicaine de gouvernement, norme supraconstitutionnelle ?*, in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (sous la direction de), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 280 et suiv. ; *contra* B. GENEVOIS, *Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant*, in [www. Conseil-constitutionnel. fr / dossier](http://www.Conseil-constitutionnel.fr/dossier).

Le Conseil constitutionnel, dans la décision du 26 mars 2003, tire son incompétence de la délimitation textuelle de ses compétences, en affirmant qu'il « *ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux expressément prévus par ces textes* ».

Tout d'abord, l'art. 89.1 de la Constitution française ne mentionne pas la catégorie des « lois constitutionnelles » mais il parle de « révision de la Constitution », en se référant à la procédure plutôt qu'à l'acte, c'est-à-dire à la loi constitutionnelle, qui en est le résultat final : c'est l'acte qui dérive du procès de révision et qui a plusieurs analogies avec la loi ordinaire (les phases de l'initiative et de la promulgation sont identiques, tandis que l'aggravation réside dans la phase de la délibération) qui est publié sous le nom de « loi constitutionnelle ». Ensuite, l'article 61 de la Constitution de 1958 affirme, notamment, que le Conseil constitutionnel est compétent pour vérifier la conformité des lois à la Constitution, sans préciser de quelle catégorie s'agit-il : le Conseil fonde sa décision sur ce « silence constitutionnel », en interprétant la clause de l'art. 61 dans un sens restrictif.

Toutefois, en argumentant sur la base du contenu de l'art. 89, dédié à la procédure de révision, qui considère l'acte final de ce processus comme une loi « spéciale » approuvée par le Parlement avec des majorités spéciales, le Conseil constitutionnel aurait pu interpréter de façon extensive la clause de l'article 61 de la Constitution. Autrement dit, le Conseil constitutionnel aurait pu admettre, comme l'a déjà bien expliqué M. Luchaire dans son commentaire à la Constitution de 1958 (1987)³⁵, qu'il y a plusieurs typologies d'actes, comprises dans la catégorie générale des « lois votées par le Parlement », qui peuvent être contrôlées par le Conseil constitutionnel (alors que dans la décision n. 62-20 DC du 6 novembre 1962 sur la loi référendaire, le Conseil s'était déclaré incompétent à cause du fait que cette catégorie de lois est votée par le peuple souverain). Il y aurait donc, d'un côté, les lois ordinaires, votées par le Parlement, ainsi que les lois organiques, et, de l'autre, les lois constitutionnelles, votées en dernière lecture par le Congrès – c'est-à-dire par le Parlement même – ou par référendum.

Donc, le Conseil constitutionnel, dans la première hypothèse, aurait pu se reconnaître compétent pour vérifier la conformité à la Constitution des lois constitutionnelles votées par le Congrès, en incluant dans cette catégorie toute loi constitutionnelle portant sur l'organisation décentralisée de la République : en effet, comme les sénateurs requérants le soulignent, le Conseil avait déjà jugé dans les deux décisions n. 62-20 du 6 novembre 1962 et 92-312 du 2 septembre 1992 que son

³⁵ En ce sens, A.-M. COHENDET, *Manuel de Droit constitutionnel*, Paris, 2002, p. 36 ; *contra* P. PACTET, *Institution politiques et droit constitutionnel*, Paris, A. Colin, 2001, p. 523.

contrôle visait uniquement les lois votées par le Parlement, parmi lesquelles figurent les lois constitutionnelles votées selon une procédure spécifique³⁶. Cette solution technique, avancée par M. Luchaire, n'a pas beaucoup passionnée la doctrine, bien qu'elle vise à admettre un contrôle sur une de deux espèces des lois constitutionnelles, hypothèse qui n'est pas aberrante, comme le droit comparé le montre : en France, des raisons capitales de nature historique et politique liées à l'héritage révolutionnaire de la souveraineté nationale et à la tradition républicaine de la primauté parlementaire, ont constitué un véritable obstacle pour telles importantes ouvertures.

4.2. Questions d'interprétation substantielle

En second lieu, sur le fond de la décision analysée, il faut s'interroger sur la portée effective de la deuxième clause constitutionnelle en jeu dans la question posée, c'est-à-dire le dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution.

La voie indiquée par la doctrine française nous propose un double choix.

Premièrement, si le pouvoir de révision constitutionnelle est une manifestation du pouvoir constituant, il peut tout faire, y compris abolir l'aggravation de la procédure de révision pour réaliser, plus aisément, des réformes. Mais, à la lumière de ce qu'on vient d'affirmer dans cet étude sur la nécessaire intangibilité du principe de rigidité assuré par l'aggravation procédurale, nous devons rejeter cette interprétation.

Deuxièmement, même en affirmant que le pouvoir constituant est tout puissant, il faut se poser la question de savoir si la révision constitutionnelle, en tant qu'expression d'un pouvoir dérivé ou habilité par la Constitution, doit respecter certains principes fondamentaux, tels qu'ils ont été transmis par l'héritage républicain qu'inclut dans la forme républicaine du gouvernement la plupart des principes fondamentaux des régimes républicains passés (de la séparation des pouvoirs à l'unité et l'indivisibilité de la République, à la garantie des droits et libertés publiques, au suffrage universel, au principe d'égalité). Dans ce sens, on peut engager la discussion relative à l'admission du contrôle de la constitutionnalité des lois de révision.

Tout d'abord, choisir la deuxième voie signifie adhérer à une interprétation nouvelle et dynamique de la clause du dernier alinéa de l'article 89 : en fait, on ne peut

³⁶ Clairement contraires à cette interprétation, D. MAILLARD DESGREES DU LOU, *Le pouvoir constituant dérivé reste souverain*, in *Revue du Droit Public*, 2003, p. 729-731 ; J.-P. CAMBY, *Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe*, in *Revue du Droit Public*, 2003, p. 674.

plus soutenir que cet alinéa a seulement pour objet d'interdire le retour à la Monarchie, en lui attribuant simplement une valeur politique ou, même, en le considérant comme une « barrière de papier », comme écrivaient deux grands juristes de la Troisième République³⁷. Cette interprétation pourrait ouvrir la voie à des révisions inconstitutionnelles, en introduisant des mesures dictatoriales comme, par exemple, supprimer certaines libertés ou prévoir une religion d'État en portant atteinte aux principes d'égalité et de laïcité³⁸. On sait que l'origine de cette disposition se trouve dans l'art. 2 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884 qui visait à empêcher une restauration monarchique en servant de charnière temporelle au-delà de laquelle il (on) n'était plus possible de changer totalement de régime constitutionnel. Pendant la période d'élaboration de la Constitution du 1958, le Comité Consultatif Constitutionnel optait pour la limite de la « forme républicaine » malgré Marcihacy eût proposé de la substituer avec « forme démocratique » : le rejet de cet amendement signifia non seulement qu'on avait choisi la continuité dans la forme de gouvernement républicaine, qui garantissait une particulière organisation des pouvoirs, mais encore qu'on voulait perpétuer la tradition de liberté et égalité affirmée pendant deux siècles d'histoire politique et constitutionnelle. Le fait d'avoir maintenu cette clause de sauvegarde dans les Constitutions de la IV (art. 95, qui répète la même formule) et V République, clause qui dans la III République avait une signification antimonarchiste, nous impose de conclure que, si au début elle a été pensée en fonction de protection face aux possibles dérives autoritaires, elle a ensuite gagnée une signification symbolique en devenant une norme de « clôture » du système car elle pose des limites matérielles à la révision.

À ce point, je vaudrais vous proposer une interprétation de la décision n° 2003-478 du Conseil constitutionnel, qui peut être conditionnée par ma formation doctrinaire italienne.

En fait, il paraît que le Conseil constitutionnel ait effectué un timide revirement concernant l'interprétation citée dans la décision du 26 mars 2003 : la décision du 30 juillet 2003, portant sur le projet de loi organique relative à la loi sur l'expéri-

³⁷ H. BARTHELEMY, P. DUEZ dans leur *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1933, p. 897.

³⁸ Louis FAVOREU écrivait «*Imagine-t-on par exemple que le Conseil constitutionnel refuserait de contrôler une loi constitutionnelle apportant une dérogation à l'interdiction de discrimination raciale ou religieuse*» (L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001, p. 75) ; et Dominique Rousseau observe «*rien n'interdirait au Constituant d'ajouter par exemple un article 2 bis disposant que la France est une République fédérale, reconnaissant la religion catholique comme religion d'État et assurant aux minorités nationales une protection particulière*» (D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2001, p. 212).

mentation par les collectivités territoriales, paraît ouvrir la voie au contrôle indirect de la constitutionnalité de la loi de révision. Le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu sa compétence dès 1985 avec la décision sur la loi déclarant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie (décision n° 85-196 du 25 janvier 1985) dans laquelle il avait affirmé qu'il est possible de revenir sur une loi promulguée à l'occasion de l'examen d'une nouvelle loi votée qui modifie la première, la complète ou l'affecte et lorsqu'il existe un rapport instrumental et subsidiaire entre la loi promulguée et la loi votée qui fait que les deux lois s'intègrent sur le plan du contenu, sans s'identifier³⁹.

Dans le troisième considérant de la décision n. 2003-478 du 30 juillet 2003 sur la loi organique portant sur la discipline des expérimentations par les collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel a, en fait, rappelé que la loi de révision constitutionnelle n'est pas contraire à la Constitution, pour ce qui affère à la discipline des expérimentations mises en œuvre par la loi organique déferée. Le raisonnement du Conseil se déroule comme il suit :

a) *Considérant que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ;*

- Rappel des limites au pouvoir de révision -

b) *que tel est le cas des dispositions précitées du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution issues de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 susvisée, qui, par exception à l'article 34 de la Constitution et au principe d'égalité devant la loi, permettent, dans certains cas, au Parlement d'autoriser temporairement, dans un but expérimental, les collectivités territoriales à mettre en œuvre, dans leur ressort, des mesures dérogeant à des dispositions législatives et susceptibles d'être ultérieurement généralisées ».*

- Affirmation de conformité constitutionnelle (« tel est le cas ») de la disposition de la loi constitutionnelle promulguée rattachée à la loi organique objet du contrôle -

En attribuant un sens juridique positif à ce considérant, peut-on soutenir que le Conseil constitutionnel a voulu reconsidérer partiellement sa décision de mars 2003

³⁹ Comme J. FERSTENBERG l'a souligné dans l'article « *Le contrôle, par le Conseil constitutionnel, de la régularité constitutionnelle des lois promulguées* », in *Revue du Droit Public*, 1991, pp. 368-370.

et affirmer - en occasion du contrôle de la loi organique - la conformité à la Constitution de la partie de la réforme constitutionnelle sur les expérimentations? En fait, le contrôle indirect est plus souple, et donc moins étonnant, du contrôle direct de la loi de révision constitutionnelle : la technique adoptée dans cette décision paraît être une combinaison entre celle utilisée dans la décision du 25 janvier 1985 et celle utilisée dans les décisions du 2 septembre 1992 et du 15 mars 1999 (déc. N. 99-410, portant sur la loi organique relative à la Nouvelle Calédonie) :

1. Rappel des limites formelles et matérielles à la révision ;
2. Affirmation de la conformité constitutionnelle (« *tel est le cas* ») de la disposition de la loi constitutionnelle promulguée rattachée à la loi organique objet du contrôle ;
- 3) Analyse des dispositions de la loi contestée.

5. Conclusions

Je voudrais, donc, conclure en affirmant que, dans le contexte de la décision de mars 2003, la « Politique » a prit le dessus sur le « Droit ».

Du point de vue du droit positif, grâce à la décision du Conseil constitutionnel, nous devons considérer la querelle tranchée et seulement une révision de la Constitution pourrait combler le vide ouvert par la décision du 2003.

Toutefois, plusieurs ouvertures peuvent être envisagées. Dans ce sens le contrôle indirect, ouvert par la décision sur la loi organique relative aux expérimentations, peut être un premier exemple.

Aujourd'hui, on aperçoit une nouvelle vague de réformes à partir de la proposition d'un contrôle de constitutionnalité concrète et *a posteriori* : la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, portant sur la modernisation des institutions de la V^e République, a en fait introduit le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, en particulier sur les lois qui pourraient porter atteinte aux droits fondamentaux ainsi qu'aux libertés des individus. Et nous avons vu que ces droits et libertés constituent une partie importante du noyau dur du principe de rigidité de la Constitution française : peut-on voir ici une mutation des circonstances de droit qui peut conduire le Conseil à se prononcer sur les lois, même constitutionnelles, déjà promulguées ou à promulguer ?

Un retour en arrière dans l'histoire du contentieux constitutionnel français nous permet d'individuer trois étapes évolutives essentielles.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel, dans sa décision de 1962, a reconnu qu'il n'était pas compétent pour contrôler une loi référendaire, en se déclarant « *un organe régulateur des pouvoirs publics* » ; et la première doctrine a considéré que rien n'avait changé sur le plan fonctionnel, en faisant du Conseil une « arme » du Gouvernement visée perpétuellement contre le Parlement⁴⁰.

Bien plus, quelques années plus tard, dans sa décision du 16 juillet 1971, l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel a corrigé sa vocation originale, en l'orientant vers la protection des droits et des libertés fondamentales et l'édification du bloc de constitutionnalité.

Enfin la dernière étape, en 1974, avec la révision constitutionnelle qui a ouvert la saisine à la minorité parlementaire, le Conseil constitutionnel a connu une nouvelle saison constitutionnelle, étant appelé à se prononcer beaucoup plus souvent que dans le passé, ce qui l'a définitivement consacré comme un « juge » constitutionnel.

Mais, alors, quel est l'héritage de cette évolution ? Peut-être sommes-nous encore à mi-chemin d'un procès inachevé, qui nous amènera jusqu'à la reconnaissance de l'existence des limites, formelles et matérielles, au pouvoir de révision de la Constitution, « internes » au système constitutionnel français ?

⁴⁰ En ce sens voir J. ROBERT, *Propose pour le sauvetage d'une liberté*, in *Revue du Droit Public*, 1971, p. 1189 ss.