

VII Congrès français de droit constitutionnel

50<sup>e</sup> anniversaire de la V<sup>e</sup> République

AFDC

Paris, 25-27 septembre 2008

Atelier n°3 : CONSTITUTION ET POUVOIR CONSTITUANT

Responsables : Lucien Jaume, Jean-Pierre Machelon

Yanis Zoubeidi-Defert

*NB* : la présentation orale sera diminuée de certains développements.

LA SOUVERAINETÉ CONSTITUANTE EST-ELLE ABSOLUE ?

L'autonomie (supposée) du pouvoir constituant impliquerait l'existence d'une souveraineté qui serait maximaliste, c'est-à-dire déliée de toute contrainte juridique. En effet, la souveraineté correspond tant au pouvoir politique en lui-même qu'à sa justification. Partant, le principe démocratique, pouvant correspondre à l'autonomie politique d'une nation, supposerait que la nation soit totalement libre dans son pouvoir constituant. Rousseau n'affirmait-il pas qu'un peuple « est toujours maître de changer ses lois, même les meilleures car s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui en a le droit de l'en empêcher ? » Selon les termes de l'article 3 C elle « *appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.* » Force est donc de constater qu'il existe une distinction entre la possession de la souveraineté et son exercice, ce qui, par ailleurs, correspond à la définition de la démocratie représentative<sup>1</sup>. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a contribué à déconnecter le droit de suffrage de l'exercice de la souveraineté : en 1976, par exemple, sur la question de l'élection au Parlement européen au suffrage universel direct, il a considéré que cette dernière « *n'a pour effet de créer ni une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale, non plus que de porter atteinte aux pouvoirs et attributions des institutions de la République et, notamment, du Parlement [...]* »<sup>2</sup>. L'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes ne revient donc pas à transférer la souveraineté nationale à une organisation supranationale ni même à créer un lieu nouveau d'exercice de la souveraineté<sup>3</sup>. L'expression du suffrage n'est donc pas un

---

<sup>1</sup> Il faut donc en déduire que posséder la souveraineté ne réside pas forcément dans son exercice.

<sup>2</sup> CC, déc. n°76-71 DC du 30 décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, *Rec.*, p. 15. V. notamment sur ce point, G. Vedel, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n°2, 1977, p. 23 ; L. Favoreu, L. Philip, « Élection au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée européenne », *RDP*, 1977, p. 129.

<sup>3</sup> En effet, selon le Haut Conseil, la souveraineté ne peut s'exercer que dans des cadres très précis : le cadre territorial et le cadre républicain, *i.e.*, dans les institutions françaises que la nation a dotées du pouvoir d'exercice de la souveraineté. Autrement dit, la souveraineté est nationale et s'exerce dans le cadre républicain. L'expression du suffrage n'est donc pas un témoignage de l'expression de la souveraineté, sauf lors de la pratique du référendum. Son expression appartient aux représentants, mais uniquement dans le cadre prévu par les institutions. Pour preuve, toujours dans cette décision de 1976, le Conseil constitutionnel a estimé ainsi : « *Considérant que la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés*

témoignage de l'expression de la souveraineté, sauf lors de la pratique du référendum (article 3C).

Puisqu'il existe une distinction entre la possession (représentés) de la souveraineté et son expression (représentants) sur le plan politique, il convient de se demander s'il existe, en matière constituante, une distinction entre le peuple constituant et le Parlement constituant. La théorie kelsenienne battrait en brèche cette affirmation dans la mesure où la nature de la norme serait plus importante que son mode d'adoption. Cependant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet pourtant de nuancer cette assertion. En effet, l'adage *Vox populi, vox dei* semble prendre tout son sens en matière de pouvoir constituant, que celui-ci soit originaire ou dérivé. Ainsi la volonté populaire a-t-elle parfois servi au pouvoir en place de faire-valoir à sa méconnaissance de la « légalité constitutionnelle » – expression entendue *lato sensu*. Ainsi en va-t-il de la naissance du régime ou d'une de ses évolutions majeures : l'élection du président de la République au suffrage direct. En l'espèce, le refus de contrôle du Conseil constitutionnel ne s'est pas fait en raison de la place de la norme dans la hiérarchie mais en fonction de son mode d'adoption. Par conséquent, le peuple serait complètement délié de toute contrainte en matière constituante. Il serait absolument autonome<sup>4</sup>. Or, en matière référendaire, le juge constitutionnel a développé une jurisprudence tendant à établir un ensemble de règles propres à encadrer la pratique. Une première question se pose : *Si le Conseil constitutionnel motive ses décisions en fonction de l'organe d'adoption de la norme constitutionnelle – peuple ou Congrès – et non en fonction de la hiérarchie des normes, le régime juridique du référendum ne pourrait-il pas confiner à un instrument d'encadrement du pouvoir constituant ?*

En outre, en matière de révision par le Congrès, en 1992, les juges de la rue Montpensier avaient semblé poser des limites de fond quant aux possibilités de modifier la Constitution avant de revenir sur la question quelques années plus tard. Ainsi, dans ce cas, le juge constitutionnel établit sa jurisprudence en raison de la nature de la norme et non plus en fonction de son processus d'adoption. Une autre question se pose par conséquent : *N'est-il pas surprenant d'établir une jurisprudence de nature à encadrer la révision lorsqu'elle est établie par le peuple lui-même et de ne pas le faire lorsqu'il s'agit de ses représentants ?* En effet, involontairement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend à conférer davantage de poids à l'expression de la souveraineté par ses représentants qu'à ses titulaires alors que les motifs de ses décisions avaient justement pour objectif de faire le contraire, même s'il est envisageable qu'il eût aussi refusé de se prononcer en raison du fait que la norme était de nature constitutionnelle dans le cas de révisions par référendum. Au-delà de ces éléments, il apparaît que le pouvoir constituant lui-même s'autolimité sur certains points. *Partant, il est possible de se demander s'il pourrait exister un jusnaturalisme de droit positif ?* En effet, ce ne serait pas la nature de la norme (constitutionnelle ou non) mais davantage son contenu qui la protégerait.

Ainsi, de prime abord, le pouvoir constituant est-il autonome (§ 1.) ; cependant, certains éléments permettent de penser son autonomie est malgré tout relative (§ 2.).

---

*comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République ».*

<sup>4</sup> D'ailleurs, c'est aussi le cas en matière de référendum législatif comme en témoigne la jurisprudence : CC, déc. n°92-308 DC, 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne, *Rec.* p. 55.

## § 1. De l'autonomie de principe du pouvoir constituant...

Les deux faces du pouvoir constituant (originaire et dérivé) sont autonomes. Cependant, dans les deux cas étudiés, la volonté populaire est venue absoudre *a posteriori* l'arrangement du constituant avec la « légalité constitutionnelle ». En effet, le passage de la IV<sup>e</sup> à la V<sup>e</sup> République relève du contournement des dispositions constitutionnelles de 1946. L'acceptation par la source de la souveraineté permettant de le légitimer (A.). Ensuite, la révision de 1962 permet de mettre en lumière deux éléments : le pouvoir constituant dérivé est autonome, à tout le moins, lorsqu'il est le fruit de l'expression directe de la volonté populaire (B.).

### **A. L'autonomie du pouvoir constituant originaire**

Tout d'abord, la révision de la Constitution de 1946, s'il est possible de qualifier la transition de la sorte, n'a pas respecté la procédure prévue à cet effet. En effet, les articles 90, 92 et 95<sup>5</sup> de la Constitution de 1946 emportaient une certaine mécanique constitutionnelle. L'article 90 prévoyait deux étapes. *L'initiative* de la révision appartenait à l'Assemblée nationale qui, pour ce faire, devait voter une résolution précisant l'objet de la révision à la majorité absolue de ses membres. *Ce vœu de révision ne devenait définitif* que si dans le délai de trois mois, il avait été adopté par le Conseil de la République à la majorité absolue de ses membres, soit par l'Assemblée nationale en seconde lecture. Puis la révision devait être adoptée par l'Assemblée nationale et le Conseil de la République dans les conditions d'une loi ordinaire, sinon par référendum. Pour réaliser le projet constitutionnel gaulliste, il convenait de modifier l'article 90. Or, cette procédure était longue ; toutefois, en 1955, une résolution visant l'article 90 avait été adoptée mais n'avait pas abouti dans la mesure où elle n'avait jamais fait l'objet d'une seconde lecture. La révision souhaitée par le Général De Gaulle s'est adjointe à l'ancienne résolution. Ainsi naquit la loi constitutionnelle du 3 juin 1958.<sup>6</sup> Il est communément acquis que cette dernière fixe des conditions de forme et de fond quant au nouveau texte<sup>7</sup>. En l'espèce, ce n'est plus le peuple qui confère à ses représentants un mandat pour élaborer une Constitution et revenir par la suite vers lui, mais le pouvoir exécutif qui se voit accorder un tel pouvoir par les représentants du peuple. Sur cette question une controverse doctrinale s'est développée. Par exemple, selon Georges Burdeau, le fait que le

---

<sup>5</sup> Const. 1946, Art. 92 : « Dans le délai de promulgation de la loi, le Comité est saisi par une demande émanant conjointement du président de la République et du président du Conseil de la République, le Conseil ayant statué à la majorité absolue des membres le composant. Le Comité examine la loi, s'efforce de provoquer un accord entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République et, s'il n'y parvient pas, statue dans les cinq jours de la saisie. Ce délai est ramené à deux jours en cas d'urgence. Il n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution. », Const. 1946, Art. 95 : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision. »

<sup>6</sup> Loi constitutionnelle portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, *JORF*, 4 juin 1959, p. 5326.

<sup>7</sup> Les conditions de forme sont au nombre de trois : la Constitution sera révisée par le gouvernement investi le 1<sup>er</sup> juin 1958, l'avant-projet élaboré par le gouvernement sera soumis pour avis au Comité consultatif constitutionnel dont les deux tiers des membres seront désignés par les commissions *ad hoc* des chambres et le projet sera soumis à référendum. Concernant les conditions de fond, ces dernières sont au nombre de cinq : « *le suffrage universel est la source du pouvoir* », les pouvoirs législatifs et exécutifs seront effectivement séparés, le gouvernement sera responsable devant le Parlement, « *l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante* » et la Constitution nouvelle « *doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés* ».

Général De Gaulle « ait accédé au pouvoir avec l'intention non dissimulée de mettre fin au "système" n'altère en rien la régularité constitutionnelle de son avènement. »<sup>8</sup> À l'opposé de cette vision de la transition constitutionnelle, se situe la pensée de Serge Arné. Ce dernier évoque la question en ces termes : « Qu'un Parlement ne puisse se dessaisir du pouvoir constituant sans porter atteinte à la Constitution et aux droits du peuple est tellement évident qu'on se demande pourquoi la question a pu être soulevée. [...] Le fait que l'Assemblée, autant sous la III<sup>e</sup> que sous la IV<sup>e</sup> République, ait exercé des pouvoirs quasi-souverains, a pu faire croire qu'elle avait tous les droits y compris celui de se suicider, car c'est bien de cela qu'il est question et non d'une quelconque révision de la Constitution. À qui fera-t-on croire qu'un régime accepte ainsi de disparaître, en pleine régularité, même par un artifice de procédure ? C'est pourtant ce qui devait se produire en 1958. »<sup>9</sup> La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 dont l'intitulé est le suivant : « *Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution* », confirme finalement la reconnaissance, par le pouvoir en place, que le droit édicté par cette dernière ne respecte pas le droit prévu mais y déroge. En outre, le corps même de la loi constitutionnelle évoque ladite dérogation en ces termes : « *Par dérogation aux dispositions de son article 90, la Constitution sera révisée par le Gouvernement investi le 1<sup>er</sup> juin 1958 [...]* » Autrement dit, l'autonomie absolue de tout pouvoir constituant peut somme toute sembler théorique. En effet, s'il avait été absolument libre, il n'aurait pas été nécessaire de présenter la révision de l'article 90 comme une dérogation au point même de l'inscrire dans le corps du texte<sup>10</sup>. Est-il possible de déroger à une règle lorsque se substitue à elle une autre de même valeur ? Le pouvoir constituant dérivé de 1946 est devenu, « *par dérogation* », le pouvoir constituant originaire de 1958. Le « Oui franc et massif » a permis de légitimer ce contournement du texte de 1946.

Ainsi, même si le pouvoir constituant originaire prend le soin de présenter son œuvre comme une dérogation, il n'en demeure pas moins qu'il semble délié de toute contrainte. Il convient de se demander s'il l'est tout autant lorsqu'il est dérivé.

## **B. L'autonomie du pouvoir constituant dérivé**

Dans un premier temps, le Haut conseil a refusé de contrôler la conformité à la Constitution des lois référendaires. Cette ligne jurisprudentielle a été tracée par la décision du 6 novembre 1962 concernant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct<sup>11</sup>. Selon les Professeurs Favoreu et Philip : « Dans cette décision, la Haute Instance a refusé de se déclarer compétente pour connaître de la conformité à la Constitution d'une loi adoptée par référendum, estimant que les textes ne lui confiaient que la "régulation de l'activité des pouvoirs publics". Par là même, le Conseil a évité de se prononcer sur le problème de fond qui faisait l'objet de débats passionnés entre majorité et opposition : la régularité de la révision de la Constitution par la procédure référendaire de l'article 11,

---

<sup>8</sup> G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, éd. LGDJ, 1963, p. 412.

<sup>9</sup> S. Arné, « La prise de pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle (1958) – Réflexions sur la dévolution du pouvoir », *RDP*, 1969, p. 59.

<sup>10</sup> En tant que révision de la Constitution de 1946, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 confine ses auteurs au rôle de pouvoir constituant dérivé. Ce dernier deviendra originaire lors de la rédaction et l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958.

<sup>11</sup> CC., déc. 62-20 du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, *Rec.*, p. 27.

permettant désormais l'élection du président de la République au suffrage universel direct. »<sup>12</sup> Ainsi, le Général De Gaulle a-t-il voulu réformer ses modalités de désignation. Pour ce faire, il convenait de modifier la Constitution. Le texte de la Constitution de 1958 eut voulu que le chef de l'État décidât d'user de l'article 89 C relatif au référendum constituant. Il préféra l'article 11 C concernant le référendum législatif, plus commode d'utilisation<sup>13</sup>. Cette procédure a été vivement critiquée<sup>14</sup>. Le Premier Ministre Pompidou avait d'ailleurs fait un bien étrange raisonnement devant l'Assemblée nationale : « Il ressort donc de l'article 89 – et ce raisonnement a été fait par des juristes avant moi –, disait-il, que ses rédacteurs ont voulu que la révision constitutionnelle pût intervenir soit sans référendum par accord du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, soit s'il y a désaccord entre les deux, et que le pouvoir législatif seul soit favorable à la révision, avec l'obligation du référendum qui joue ainsi le rôle d'arbitrage, dont je viens de parler. Le législatif a donc la possibilité de réviser la Constitution contre le gré du pouvoir exécutif et sans son concours, mais à la condition que le peuple soit saisi. Dès lors, admettre l'utilisation de l'article 11, permettre à l'exécutif de saisir lui aussi le peuple d'un projet élaboré en dehors du Parlement, ce n'est pas rompre, mais rétablir l'équilibre des pouvoirs. »<sup>15</sup> Il est impossible de souscrire à cette analyse<sup>16</sup>. Au-delà de ces éléments, c'est la portée de cette décision qui est importante. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il décidé de la sorte dans un considérant de principe : « *Considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à*

---

<sup>12</sup> L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, éd. Dalloz, coll. Grands arrêts, 13<sup>e</sup> éd., 2005, p. 173.

<sup>13</sup> De toute évidence, l'utilisation de l'article 11 C pour l'adoption d'une loi constitutionnelle n'est absolument pas conforme au du texte constitutionnel. Seule la procédure de l'article 89 C était prévue à cet effet. En réalité, il s'agissait pour De Gaulle de contourner les chambres qui n'auraient pas manqué de s'opposer à une telle réforme. En effet, l'article 89 C prévoit un vote identique des deux assemblées à la majorité simple et le projet de révision (ou la proposition) peut être adopté à la majorité qualifiée en Congrès ou par référendum. V. notamment en ce sens G. Berlia, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *RDJ*, 1962, pp. 936-949. Dans l'article précité, l'auteur démontre que l'analyse exégétique tout comme l'analyse téléologique de la Constitution de 1958 démontre simplement que l'article 11 C ne permet pas une révision constitutionnelle.

<sup>14</sup> Ainsi, le Président du Sénat, Gaston Monnerville, auteur de la saisine du Conseil constitutionnel évoque l'événement en ces termes : « Une réforme constitutionnelle est engagée, qui bouleverse les esprits. Depuis trois semaines environ, la situation politique est obscurcie par une équivoque qui trouble tous les Français ; équivoque qui aurait pu, qui aurait dû être évitée car, dans un pays de démocratie, tout peut être résolu, lorsque les problèmes sont posés clairement ; mais pour cela, il faut observer le jeu naturel des institutions dans le sens de la justice et de la liberté. Est-ce le cas aujourd'hui ? Je ne le pense pas. Le jeu normal des institutions est faussé, la Constitution est violée ouvertement, le peuple est abusé. Que la Constitution soit violée, nul doute ne subsiste plus à cet égard depuis qu'a été publié le projet de loi soumis au référendum, depuis qu'a été choisie la procédure non constitutionnelle de l'article 11, depuis que les juristes de France, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel – chacun le sait aujourd'hui – l'ayant examiné, l'ont condamné. » Extrait du discours prononcé par G. Monnerville, président du Sénat, le 9 octobre 1962 devant le Sénat, in *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V<sup>e</sup> République*, textes rassemblés par D. Mauss, Paris, éd. La Documentation française, 1988, p. 98.

<sup>15</sup> *JORF*, 4 novembre 1962, p. 3223.

<sup>16</sup> En effet, un seul titre est consacré à la révision constitutionnelle, or l'article 11 C n'y figure pas. Si les deux articles permettaient la révision constitutionnelle, ils figureraient dans le même titre, ou l'un renverrait à l'autre. D'ailleurs, l'article 89 C pose comme limites à la révision la forme républicaine du gouvernement ainsi que l'atteinte à l'intégrité du territoire. Or, l'article 11 C ne prévoit aucune limite... Le texte constitutionnel serait donc en l'espèce entaché d'une carence fondamentale et inexcusable. Enfin, l'article 11 C ne fait aucune référence à la matière constitutionnelle.

*l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* ». En premier lieu le juge constitutionnel rappelle la légèreté du texte de 1958 et plus particulièrement de l'article 61 C. En effet, ce dernier prévoit dans son premier alinéa que les lois organiques et les règlements d'assemblées doivent être soumis au Conseil constitutionnel ; ensuite, l'alinéa second du même article prévoit que le chef de l'État, le Premier ministre ou les Présidents des chambres peuvent individuellement saisir le Conseil d'une loi<sup>17</sup>. Il s'agit bien évidemment d'une possibilité et non d'une obligation. Or, sur ce point précis, la Constitution ne distingue pas entre les différents types de loi. Le texte ne précise pas entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires et ne fait non plus aucune distinction entre les lois référendaires et les autres. En l'espèce, les juges de la rue Montpensier ont limité leur compétence aux lois adoptées par le Parlement. D'ailleurs dans le considérant cité, le juge constitutionnel n'opère pas de distinction entre les lois référendaires ordinaires et les lois référendaires constitutionnelles, ce qui aurait pu laisser entendre que le Conseil se fût reconnu compétent en matière de lois constitutionnelles adoptées par le Congrès<sup>18</sup>. Mais, ce qu'il ressort de cette décision réside véritablement dans la protection du pouvoir du peuple souverain. L'argumentation du Conseil constitutionnel invoquant « *l'esprit des institutions* » et non leur lettre témoigne *in fine* de l'importance que le Conseil accorde au peuple dépositaire de la souveraineté lorsqu'il l'exprime par le référendum. Le régime juridique de la loi référendaire (constitutionnelle ou non) est étayé par la jurisprudence postérieure<sup>19</sup>

Ainsi, dans cette décision, le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas porté un jugement sur la question de l'utilisation hasardeuse de l'article 11 C, ni sur la portée de son contrôle en matière constituante. En effet, le référendum rend conforme à la Constitution les dispositions adoptées. La nature de la norme importe peu. Il est donc permis de penser que le pouvoir constituant dérivé est autonome, du moins lorsqu'il s'agit du peuple lui-même qui intervient en la matière. À la faveur de ces deux cas, il semble possible de conclure que le pouvoir constituant est absolument autonome. Cependant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet d'envisager cette autonomie sous un autre angle d'attaque. En effet, certains indices pourraient permettre de penser l'autonomie d'un pouvoir constituant – dérivé – comme

---

<sup>17</sup> Nous n'évoquons pas la réforme permettant à soixante députés ou sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel dans la mesure où, à l'époque, cette mesure n'existait pas.

<sup>18</sup> La jurisprudence constitutionnelle future infirmera cette analyse.

<sup>19</sup> . Le Conseil constitutionnel avait été saisi en 1992 à propos de la loi autorisant la ratification du Traité de Maastricht adopté par le référendum du 20 septembre 1992. Les juges de l'aile Montpensier du Palais-Royal ont notamment décidé ainsi : « *Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie ; que, toutefois, au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* » ; [CC, déc. n°92-313 DC du 23 septembre 1992, Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, *Rec.* p. 94.]

relative.

## § 2. ... à l'encadrement du pouvoir constituant dérivé

Tout d'abord, l'article 60 de la Constitution prévoit que le Conseil constitutionnel est compétent en matière de contrôle des opérations référendaires<sup>20</sup>. Et, pour le coup, cette fois-ci, la disposition constitutionnelle attribue cette compétence tant en matière de référendum législatif qu'en matière de référendum constituant. Alors, le juge constitutionnel aurait pu estimer irrégulière la consultation de 1962. En effet, l'article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958<sup>21</sup> prévoit que le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur les opérations de référendum. En conséquence, il est complètement envisageable que le Haut conseil émette des réserves, à ce stade de la procédure, quant à la constitutionnalité de la consultation. En ce cas, sur le modèle de la pratique du contentieux administratif français, le juge constitutionnel se bornerait à un contrôle minimum. D'ailleurs, il avait, en l'espèce émis des réserves quant à la constitutionnalité de la procédure. Le Professeur Rousseau, citant en substance François Luchaire, estime qu'en conséquence le Conseil constitutionnel aurait pu procéder de la sorte : « le Conseil doit, dans son avis, faire savoir au gouvernement que, le référendum étant contraire à la Constitution, il ne peut assurer la surveillance du scrutin, ni proclamer, le jour venu, les résultats du vote. »<sup>22</sup>

Le Conseil constitutionnel pourrait donc encadrer l'exercice du pouvoir constituant dérivé de conditions de forme (A.) alors que l'encadrement par des conditions de fond semble plus hypothétique (B.).

### **A. Vers un encadrement de forme du pouvoir constituant dérivé ?**

Le juge constitutionnel a évoqué la problématique de la pratique du référendum d'autodétermination, autrement dit, d'un type particulier de référendum, à savoir la consultation d'une partie de la population pour connaître son sentiment quant à l'accession du territoire sur lequel elle évolue à l'indépendance ou au maintien dans la République française. Il convient de souligner en premier lieu que le juge constitutionnel n'a pas été consulté à propos de certains décrets organisant des consultations de ce type dans la mesure où il ne s'agissait pas de référendums au sens de l'article 60 C<sup>23</sup>. Cette position prise par le pouvoir

---

<sup>20</sup> Const. 1958, Art. 60 : « Le Conseil Constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats. »

<sup>21</sup> Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, Loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JORF* 9 novembre 1958, p. 10128.

<sup>22</sup> D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Préf. G. Vedel, Paris, éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, 6<sup>e</sup> éd., 2001, p. 204.

<sup>23</sup> Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a pas été consulté à propos des décrets suivants : décret n°59-1364 du 4 décembre 1959 tendant à organiser une consultation des populations des îles de Wallis et Futuna devant sur prononcer sur la transformation de ces îles en un Territoire d'Outre-mer de la République française, *JORF* 6 décembre 1959, p. 1166, décret n° 62-642 du 8 juin 1962 portant convocation des électeurs d'Algérie en vue de leur participation au référendum d'autodétermination en Algérie, *JORF* 19 juin 1962, p. 5539, décret n°67-73 du 26 janvier 1967 fixant les modalités de la consultation de la population de la Côte française des Somalis organisée par la loi 66-949 du 22 décembre 1966, *JORF* 28 janvier 1967, p. 1011, décret n° 76-28 du 12 janvier 1976 fixant les modalités de la consultation de la population de Mayotte organisée par la loi n°75-1137 du 31 décembre 1975, *JORF* 14 janvier 1976, p. 436 et décret n°76-249 du 18 mars 1976 fixant les modalités de la consultation de la population de Mayotte organisée par l'article 3 de la loi 75-1137 du 31

exécutif est justifiée à tous égards dans la mesure où ces consultations relèvent de l'article 53 alinéa 3 selon lequel : « *Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.* » Alors que le Conseil est uniquement compétent pour veiller à la régularité des référendums prévus aux articles 11 et 89 C. Il convient toutefois de relever que le Conseil constitutionnel a déjà évoqué la question dans une décision de 1975 relative à l'indépendance des Comores<sup>24</sup>. Sur la question de sa propre compétence en matière de contrôle des opérations de consultations locales, il a répondu de manière indirecte en reconnaissant comme conforme à la Constitution des dispositions législatives mettant en place une commission dont la mission était de contrôler les opérations de la consultation locale en cause. Il reconnaissait donc *a contrario* son incompetence en la matière. Ainsi pour l'accession à l'indépendance deux conditions sont requises : l'accord du législateur français et l'accord des populations locales<sup>25</sup>. Mais le Conseil constitutionnel n'est pas resté muet malgré tout sur ce point puisqu'à l'occasion du contrôle de la loi organisant un référendum en Nouvelle-Calédonie, le juge constitutionnel a posé les principes de loyauté et de clarté de la consultation<sup>26</sup>. Comme le relèvent MM. Favoreu et Philip : « Ce contrôle est essentiel car la liberté de choix des citoyens est une conséquence du principe de la souveraineté du peuple. Ce principe n'est-il pas bafoué lorsque les citoyens sont appelés à se prononcer sur une question ambiguë, trop complexe, ou contenant en fait une multiplicité de sujets ? »<sup>27</sup> En l'espèce, la question posée aux électeurs calédoniens était la suivante : « Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à l'indépendance ou demeure au sein de la République avec un statut dont les éléments essentiels ont été portés à votre connaissance ? » Le problème de la constitutionnalité de cette question était soulevé par les requérants devant le Conseil constitutionnel. Le juge constitutionnel a considéré de la sorte : « *Considérant que la question posée aux populations intéressées doit satisfaire à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation ; que s'il est loisible aux pouvoirs publics, dans le cadre de leurs compétences, d'indiquer aux populations intéressées les orientations envisagées, la question posée aux votants ne doit pas comporter d'équivoque, notamment en ce qui concerne la portée de ces indications ; Considérant qu'il ressort des termes de l'article premier de la loi que la question sur laquelle les populations intéressées de Nouvelle-Calédonie seraient appelées à se prononcer, porte, non seulement sur le choix en faveur de l'accession de ce territoire à l'indépendance ou de son maintien au sein de la République, mais également dans cette dernière éventualité, sur un statut dont les éléments essentiels auraient été portés à la connaissance des intéressés ; Considérant que cette rédaction est équivoque ; qu'en effet, elle peut dans l'esprit des votants faire naître l'idée erronée que les éléments du statut sont d'ores et déjà fixés, alors que la*

---

décembre 1965, *JORF* 20 mars 1976, p. 1736.

<sup>24</sup> CC, déc. n°75-59 DC du 30 décembre 1975, Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, *Rec.* p. 26.

<sup>25</sup> En effet, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 53 C dispose ainsi : « Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. »

<sup>26</sup> CC, déc. n°87-226 DC du 2 juin 1987, Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article premier de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, *Rec.* p. 34. V. notamment sur ce point, M-L. Pavia, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés », *LRA*, 1988, p. 437, P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, n°43, 1987, chronique constitutionnelle, pp. 200-213.

<sup>27</sup> L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, pp. 115-116.

*détermination de ce statut relève, en vertu de l'article 74 de la Constitution, d'une loi prise après consultation de l'assemblée territoriale ; qu'il suit de là que les dispositions de l'article premier de la loi relatives aux éléments essentiels d'un statut ne satisfont pas à l'exigence constitutionnelle de clarté de la consultation ; »* En l'occurrence, le Conseil constitutionnel a posé l'exigence constitutionnelle de clarté de la consultation et, en refusant toute équivoque dans la question posée, celle de loyauté.

Cette décision est riche d'enseignements. En effet, il ne paraît pas hasardeux d'envisager qu'il fasse de ces principes des éléments applicables aux référendums prévus non seulement à l'article 11 C mais aussi à l'article 89 C. S'il protège le vote éclairé d'une partie de la population, il est évident que le juge constitutionnel posera les mêmes critères en matière de référendum concernant l'ensemble du peuple *a fortiori* lorsqu'il s'agit de la matière constitutionnelle. Souveraineté du peuple, certes, mais souveraineté éclairée. En conséquence, il est envisageable que le juge constitutionnel se soit lié pour l'avenir. Pourra-t-il dans le futur rester sur la ligne jurisprudentielle de 1962 et 1992 en refusant de connaître des lois adoptées par référendum, quelle que soit leur nature, et ce, quand bien même la question posée ne satisferait pas à cette double exigence ? Ainsi, le pouvoir constituant dérivé, lorsqu'il s'agit du peuple, pourrait-il être protégé sur la forme de la question qui lui est posée. *Or, est-ce un encadrement du pouvoir constituant ou s'agit-il d'un renforcement de son autonomie de choix ?*

En outre, une réflexion peut être faite quant à l'existence de limites de fond qui ne se trouvent peut-être pas où on les croit être.

## **B. Vers des limites de fond ?**

La règle « *Tu patere legem quam ipse fecisti* », selon laquelle une autorité administrative ne peut prendre des décisions individuelles en dérogeant à un règlement de même niveau, n'est applicable qu'en la matière et ne concerne en rien les dispositions législatives ni les normes constitutionnelles. Cette candide conception des choses aurait pu être vraie. Toutefois, ce n'était sans compter sur la décision du 2 septembre 1992<sup>28</sup>. Il s'agissait de la grande décision dite « Maastricht II ». Cette dernière était le fruit de la saisine du Conseil constitutionnel au titre de l'article 54 C. Il avait donc à apprécier la conformité des dispositions du Traité de Maastricht à la Constitution<sup>29</sup>. En l'espèce, le juge constitutionnel a considéré de la sorte : « *Considérant que 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, d'autre part, 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", 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 qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ; »* Ainsi

---

<sup>28</sup> CC, déc. n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne, *Rec.* p. 76.

<sup>29</sup> Const. 1958, Art. 54 : « Si le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution. »

que le relève M. Rousseau : « Par deux petits mots – "sous réserve" – le Conseil pose le principe de sa compétence sur les lois constitutionnelles et précise, ensuite, les points sur lesquels son contrôle pourrait, le cas échéant, porter. »<sup>30</sup> Le Conseil constitutionnel semblait alors jalonner les conditions de révision constitutionnelle. D'ailleurs, la portée du considérant précité est renforcée par celui-ci : « *Considérant que, dans les limites précédemment indiquées, 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 ;* » Les révisions de la Constitution n'auraient été possibles que dans certaines conditions. Ainsi l'alinéa de l'article 7 C prévoit-il de la sorte : « *En cas de vacance de la Présidence de la République pour quelque cause que ce soit, ou d'empêchement constaté par le Conseil Constitutionnel saisi par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres, les fonctions du Président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le Président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement.* » et le dernier ainsi : « *Il ne peut être fait application ni des articles 49 et 50 ni de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur.* » En conséquence, il est impossible d'user de l'article 11 en cas de vacance de la présidence de la République. En l'espèce, le Conseil émet cette réserve à propos d'une éventuelle limitation du pouvoir constituant. Or, il semble clair que l'article 11 C est réservé, bien que l'histoire politique et l'œuvre prétorienne du Conseil constitutionnel infirment cette analyse, uniquement au référendum législatif. Alors, il convient logiquement de remarquer que le Conseil constitutionnel semble consacrer la possibilité de réviser la Constitution grâce à l'article 11 C. Toutefois, le propos mérite d'être pondéré dans le sens où dans les motifs le Conseil constitutionnel cite l'article 7 C et non ses alinéas, ce qui peut laisser ouvertes les spéculations concernant une position future sur une révision au moyen de l'article 11 C. Ensuite, le dernier alinéa interdit la révision constitutionnelle par la pratique de l'article 89 C, en cas de vacance de la présidence de la République. En outre, aucune révision constitutionnelle n'est permise lorsqu'il est fait application de l'article 16 C, autrement dit lorsque le chef de l'État dispose des pleins pouvoirs<sup>31</sup>. Ensuite, l'article 89 C alinéa 4 prévoit l'impossibilité de réviser la Constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, et son cinquième alinéa, qu'il est impossible de réviser les institutions en ne respectant pas la forme républicaine du gouvernement. Alors ces restrictions semblent être de deux ordres. D'une part, il s'agit de limites relatives aux périodes lors desquelles toute révision est impossible et donc ne posant guère de difficultés d'interprétation au Conseil constitutionnel et, d'autre part, de limitations matérielles d'exégèse plus difficile. Si le juge constitutionnel était allé plus avant dans sa jurisprudence, il aurait, enfin, défini le concept de République qui aurait, en conséquence, eu une acception juridique positive. Mais, cette jurisprudence pose plus de questions qu'elle n'en résout à bien des égards. En effet, le Conseil aurait-il eu à définir négativement la république par rapport à d'autres régimes ou bien aurait-il eu à baliser la notion de critères immuables ? En outre, est-ce que le Conseil constitutionnel

---

<sup>30</sup> D. Rousseau, *op. cit.*, p. 212.

<sup>31</sup> Il faut relever que l'article 16 C n'interdit pas formellement la possibilité de révision constitutionnelle puisqu' aucune de ses dispositions ne le prévoit. Le Conseil constitutionnel s'est basé « sur une lecture croisée, estime M. Rousseau, des articles 16 et 89 : ce dernier interdit, en effet, toute révision lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ; donc par extension logique et nécessaire, toute révision est impossible durant la période d'application de l'article 16. » *in* D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Préf. G. Vedel, Paris, éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, 7<sup>e</sup> éd., 2006, p. 213.

aurait été compétent en cas de changement de régime car, et l'histoire l'a démontré, il arrive parfois que le pouvoir constituant dérivé soit le moyen permettant l'avènement d'un nouveau régime ? Il n'en reste pas moins, que dans une édition antérieure à 2003 de son manuel de contentieux constitutionnel, M. Rousseau se demandait légitimement, s'il s'agissait d'un témoignage d'un « renouveau de l'idée de "supra-constitutionnalité" »<sup>32</sup>. D'ailleurs, feu le Doyen Vedel évoquait la question. Il écrivait ainsi : « En effet, l'exercice de celui-ci [*i.e* le pouvoir constituant], même sous sa forme dérivée, dès lors qu'il s'opère selon une procédure appropriée, ne trouve ses limites que dans les clauses constitutionnelles interdisant certaines lois de révision. Dans la Constitution, cette prohibition existe *ratione temporis* qu'en cas de vacance de la présidence de la République (art. 7, dern. al.) ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art. 89, al. 4) et *ratione materiae* pour rendre intangible la forme républicaine du Gouvernement (art. 89, al. 5). Rien n'interdit qu'une révision constitutionnelle ait pour objet de déroger, fût-ce pour régler un cas particulier, à une disposition constitutionnelle en vigueur. »<sup>33</sup> Il semblait donc que le pouvoir constituant allait bénéficier d'un encadrement juridique. Alors il restait à se poser quelques questions pour relier cette problématique à ce travail. En premier lieu, le Conseil constitutionnel évoque la « révision de la Constitution » ce qui laisse supposer qu'il n'opère pas de distinction entre les procédures de révision et que par conséquent semblent concernées tant les révisions par le Congrès que celles opérées par référendum. En second lieu, les juges de la rue Montpensier considèrent le « *pouvoir constituant souverain* », ceci peut conduire à penser qu'ils envisagent le pouvoir constituant dans son acception la plus large puisqu'il ne distingue pas entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Malgré tout, il paraît clairement permis de penser qu'il s'agit d'une énonciation de limites inhérentes à la pratique du pouvoir constituant dérivé, puisque si cela n'avait pas été le cas, le pouvoir constituant originaire aurait été contraint par un droit qui n'aurait plus été positif une fois la nouvelle Constitution adoptée. D'ailleurs, le considérant précité contraint le pouvoir constituant au niveau des possibilités qu'il a d'abroger, de modifier ou de compléter les dispositions constitutionnelles. Ces trois points relèvent évidemment du domaine du pouvoir constituant dérivé. Il convient donc de s'interroger sur les conséquences de l'application de ces limites à une révision constitutionnelle par référendum. Dans cette espèce de « fiction juridique », le Conseil aurait été évidemment pieds et poings liés et contraint à un très habile exercice de style. En effet, il a tout d'abord posé l'exigence de clarté et de loyauté de la consultation. Il est possible d'arguer du fait qu'il a donné corps à ces exigences à propos d'un référendum ne mettant pas en jeu la souveraineté nationale. Or, est-il raisonnable de penser que le juge constitutionnel n'encadrerait pas, au moins avec la même exigence, une consultation la mettant en jeu ? Il serait très surprenant qu'une population locale soit mieux protégée que le peuple national. Autrement dit, l'exercice du pouvoir constituant dérivé devrait respecter les exigences de loyauté et de clarté s'il est mis en œuvre par la voie du référendum ainsi que les limites *ratione temporis* et *ratione materiae* telles qu'évoquées *supra*. Si une telle attitude était observée par le juge constitutionnel, celui-ci reviendrait obligatoirement et automatiquement sur sa jurisprudence de 1962 relative à la modification des modalités d'élection du Président de la République puisqu'au fond – et donc au-delà du dispositif en lui-même – elle place l'expression directe de la souveraineté nationale en dehors de tout régime contentieux. Une véritable fusion de la légitimité et de la légalité semblait se dessiner dans la mesure où, pour être légitime, une révision constitutionnelle devait observer des limites

---

<sup>32</sup> D. Rousseau, *Id.*, p. 214.

<sup>33</sup> G. Vedel, *op. cit.*, p. 178.

temporelles et matérielles qui sont autant de limites juridiques quand bien même le peuple souverain l'adopterait directement. Le peuple aurait donc été souverain, mais dans des limites constitutionnelles. Autrement dit, le fruit juridique du constituant passé aurait contraint les générations présentes et futures, ce qui pose problème dans la mesure où la souveraineté du passé aurait plus de valeur que celles présente et future. Il fallait donc attendre que le Conseil constitutionnel soit saisi d'un recours contre le texte portant une révision constitutionnelle pour cerner s'il allait exercer un contrôle des lois constitutionnelles. Ce fut chose faite en 2003. Ainsi que le relèvent les Professeurs Favoreu et Philip : « Ce qu'attendait un certain nombre de spécialistes depuis les affaires de Maastricht, s'est produit au printemps 2003 : le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours signé par soixante et un sénateurs socialistes et dirigé contre la loi de révision constitutionnelle adoptée par le Congrès le 17 mars et portant organisation de la décentralisation. »<sup>34</sup> La décision des juges de la rue Montpensier est très laconique<sup>35</sup>. Elle ne contient en effet que trois considérants. Le Conseil constitutionnel a considéré de la sorte : « 1. *Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes ; 2. Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires ; que le Conseil constitutionnel 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 ; 3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour statuer [...] [sur la] [...] conformité à la Constitution, [de] la révision de la Constitution relative à l'organisation décentralisée de la République approuvée par le Congrès le 17 mars 2003, ». Cependant, comme le remarque le Professeur Rousseau, si les lois constitutionnelles pouvaient faire l'objet d'un contrôle par le juge constitutionnel, il ne pourrait s'agir, en vertu de sa jurisprudence de 1962, que des lois adoptées par le Congrès. D'ailleurs, l'auteur précise son point de vue en ces termes : « [...] la thèse du contrôle peut être soutenue avec [...] force. *A priori*, en effet, que les lois constitutionnelles soient soumises au contrôle de constitutionnalité peut paraître normal ! En effet, quelles que soient leurs spécificités, les lois constitutionnelles sont, formellement, des lois ; dans son dernier article, la Constitution est expressément qualifiée de loi par la formule suivante : "La présente loi sera exécutée comme Constitution de la République et de la Communauté". D'autre part, ce sont "des lois votées par le Parlement", catégorie pour laquelle le Conseil est compétent par opposition, selon la jurisprudence de 1962, aux lois votées par le peuple. Même en cas de ratification par référendum, la loi constitutionnelle a dû préalablement être adoptée en termes identiques par les deux assemblées ; et, en cas de ratification par le Congrès, le Conseil lui-même a reconnu que cette instance était une Assemblée parlementaire en acceptant de contrôler la constitutionnalité de son règlement. »<sup>36</sup> Sur ce dernier point, l'auteur fait référence à la décision du 20 décembre 1963<sup>37</sup>. D'ailleurs, le propos de M. Rousseau est étayé par celui de MM. Favoreu et Philip puisqu'ils relèvent que le*

---

<sup>34</sup> L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, p. 869.

<sup>35</sup> CC, déc. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, *Rec.* p. 293.

<sup>36</sup> D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Préf. G. Vedel, Paris, éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, 7<sup>e</sup> éd., 2006, p. 217.

<sup>37</sup> CC, déc. n°63-24 DC, 20 décembre 1963, Règlement du Congrès, *Rec.*, p. 16.

Conseil constitutionnel « évite soigneusement de parler de "loi constitutionnelle" dans le corps de la décision afin qu'il ne soit pas soutenu que l'article 61 de la Constitution prévoit le contrôle des lois sans autre précision, par le Conseil constitutionnel, ce qui pourrait inclure les "lois constitutionnelles." »<sup>38</sup> En outre, selon les mêmes auteurs, « la motivation retenue est destinée à éviter de trancher le débat de fond sur le contrôle des lois constitutionnelles. »<sup>39</sup>

*In fine*, le Professeur Camby estime que le « Conseil constitutionnel a mis fin à un mythe, celui du pouvoir d'établir, en droit positif, des normes situées au dessus de la Constitution, et qui en contraindraient le champ ou les modifications. Étant entendu que cette décision, pour ce faire, a dû assimiler les représentants du peuple réunis en Congrès et le peuple lui-même, une fois cette assimilation réalisée, il faut bien constater qu'existe désormais une différence de nature plus de degré entre la loi, laquelle n'exprime la volonté générale "que dans le respect de la Constitution", et la Constitution elle-même, laquelle, par construction, ne peut être jugée. Le Conseil constitutionnel, en refusant toute distinction entre le peuple et le Congrès, consacre la souveraineté absolue du constituant. »<sup>40</sup> Sur la même ligne que le Professeur Camby se trouve notamment le Professeur Mathieu puisqu'il écrit ainsi : « Le pouvoir constituant ne peut violer la Constitution, mais il peut la changer, y compris s'agissant de la forme républicaine des institutions, mais sur ce point, la révision ne peut être implicite. »<sup>41</sup>

Alors peut-être convient-il d'aller chercher des limites au pouvoir constituant non plus au sein de l'ordre juridique mais plutôt dans le comportement des acteurs politiques.

#### CONCLUSION :

Le pouvoir constituant est donc autonome, peu importe qu'il soit originaire ou dérivé. Toutefois, la question de son autonomie n'est peut-être pas à rechercher dans la sphère du droit mais dans le monde de la politique. En effet, la décision de 1993 dans laquelle une disposition relative au droit d'asile avait été censurée au motif qu'elle méconnaissait une disposition du Préambule de la Constitution de 1946 peut apporter quelques éléments de réponse<sup>42</sup>. Pour que les dispositions législatives concernées puissent entrer en vigueur, le constituant a modifié la Constitution et non le préambule en prévoyant une exception à ce dernier... Il se serait autolimité. D'ailleurs, François Luchaire avait estimé à ce sujet que supprimer le droit d'asile « n'est pas pensable ; ce droit est traditionnel en France depuis sa proclamation par la Révolution, il y a deux siècle [...] »<sup>43</sup>. N'en va-t-il pas de même de la rétention de sûreté ? En effet, dans la décision relative à cette loi, le Haut Conseil a considéré notamment que la rétention n'était pas une peine eu égard à sa jurisprudence antérieure mais que, toutefois, en raison de la privation de liberté que cette loi emportait, elle ne pouvait être

---

<sup>38</sup> L. Favoreu, L. Philip, *GDCC*, Paris, éd. Dalloz, coll. Grands Arrêts, 14<sup>e</sup> éd., 2007, p. 871.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> J.-P. Camby, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, p. 671.

<sup>41</sup> B. Mathieu, « La supra constitutionnalité existe-t-elle ? », *LPA*, 8 mars 1995, p. 12. En outre, le Doyen Vedel estime quant à lui de la sorte : « l'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recoure au droit naturel) est que sauf les prohibitions rappelées plus haut [celles prévues par la Constitution], le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude sous la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie. » *in* G. Vedel, *id.*, p. 179.

<sup>42</sup> CC, déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *Rec.* p. 224.

<sup>43</sup> Fr. Luchaire, « Droit d'asile : Faut-il réformer la Constitution ? Point de vue : inutile », *Le Monde*, 28 août 1993, p. 7.

rétroactive<sup>44</sup>. Or le chef de l'État désireux de voir cette rétroactivité possible a demandé au Premier Président de la Cour de cassation, Vincent Lamanda, de lui faire toutes les propositions utiles pour ce faire. Sans attendre les conclusions du magistrat, il est possible d'affirmer que la seule solution est de réviser la Constitution. Cependant, la non rétroactivité de la loi pénale est un principe issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Peut-on imaginer que le pouvoir politique puisse revenir sur ces dispositions déclaratives ? En matière de droits proclamés, la marge de manœuvre semble étroite. Peut-être est-il possible de parler d'un jusnaturalisme de droit positif permis grâce à une autocensure du constituant ? Le cas échéant, la jurisprudence à venir est pleine de savoureuses perspectives.

### Bibliographie :

#### *Ouvrages :*

- Burdeau Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, éd. LGDJ, 1963.
- Favoreu Louis, Philip Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, éd. Dalloz, coll. Grands arrêts, 13<sup>e</sup> éd., 2005.
- Favoreu Louis, Philip Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, éd. Dalloz, coll. Grands arrêts, 14<sup>e</sup> éd., 2007.
- Mauss Didier, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la V<sup>e</sup> République*, Paris, éd. La Documentation française, 1988.
- Rousseau Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Préf. G. Vedel, Paris, éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, 6<sup>e</sup> éd., 2001.
- Rousseau Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Préf. G. Vedel, Paris, éd. Montchrestien, coll. Domat droit public, 7<sup>e</sup> éd., 2006.

#### *Articles de doctrine :*

- Arné Serge, « La prise de pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle (1958) – Réflexions sur la dévolution du pouvoir », *RDP*, 1969, pp. 48-99.
- Avril Pierre, Gicquel Jean, *Pouvoirs*, n°43, 1987, chronique constitutionnelle, pp. 200-213.
- Camby Jean-Pierre, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, pp. 671-688.
- Favoreu Louis, Philip Loïc, « Élection au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée européenne », *RDP*, 1977, pp. 129-166.
- Luchaire François, « Droit d'asile : Faut-il réformer la Constitution ? Point de vue : inutile », *Le Monde*, 28 août 1993, p. 7.
- Mathieu Bertrand, « La supra constitutionnalité existe-t-elle ? », *LPA*, 8 mars 1995, pp. 12-17.
- Pavia Marie-Luce, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés »,

---

<sup>44</sup> CC, déc. n°2008-562, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* 26 février 2008, p. 3272.

*LRA*, 1988, pp. 437-443.

- Vedel Georges, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n°2, 1977, pp. 23-26.

Principales décisions du Conseil constitutionnel citées :

- CC., déc. 62-20 du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, *Rec.*, p. 27.
- CC, déc. n°63-24 DC, 20 décembre 1963, Règlement du Congrès, *Rec.*, p. 16.
- CC, déc. n°75-59 DC du 30 décembre 1975, Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, *Rec.* p. 26.
- CC, déc. n°76-71 DC du 30 décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, *Rec.*, p. 15.
- CC, déc. n°87-226 DC du 2 juin 1987, Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article premier de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, *Rec.* p. 34.
- CC, déc. n°92-308 DC, 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne, *Rec.* p. 55.
- CC, déc. n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne, *Rec.* p. 76.
- CC, déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *Rec.* p. 224.
- CC, déc. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, *Rec.* p. 293.
- CC, déc. n°2008-562, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JORF* 26 février 2008, p. 3272.