

Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence.

En hommage au doyen Louis Favoreu

Xavier Magnon

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2004/3 n° 59 , PAGES 595 À 617
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130548157

DOI 10.3917/rfdc.059.0595

Date de mise en ligne : 01/12/2008

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2004-3-page-595?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Quelques maux encore à propos
des lois de révision constitutionnelle :
limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence.
En hommage au doyen Louis Favoreu

XAVIER MAGNON

Reste-t-il aujourd'hui encore quelque chose à écrire sur les lois de révision constitutionnelle ? L'ampleur des commentaires qu'a suscités la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003, Loi constitutionnelle sur la décentralisation¹, semble devoir conduire à une réponse négative. Et

Xavier Magnon, professeur à l'Université de Perpignan.

1. CC, n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF, 29 mars 2003, p. 5570 ; G. Bergougnous, « À propos de la loi constitutionnelle du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen ; une révision constitutionnelle en cachera-t-elle une autre ? », RDP, 2003, p. 809-829 ; M. Camedo, « L'histoire d'une double occasion manquée », RDP, 2003, p. 767-792 ; J.-P. Camby, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », RDP, 2003, p. 671-688 ; D. Chagnollaud, « Sherlock Holmes à la poursuite du pouvoir constituant (après la décision n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003) », LPA, 20 octobre 2003, n° 209, p. 4-6, LPA, 21 octobre 2003, n° 210, p. 4-6, LPA, 22 octobre 2003, n° 211, p. 4-6, LPA, 23 octobre 2003, n° 212, p. 5-10 ; F. Chaltiel, « La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : développements récents (à propos de la décision n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003) », LPA, 20 juin 2003, n° 123, p. 7-9 ; P. Dollat, « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'État unitaire à l'État uni », RFDA, 2003, p. 670-677 ; M. Fatin-Rouge, Dalloz, Som. Com., 2004, p. 1269-1270 ; cette Revue, 2003 (54), p. 374-383 ; L. Favoreu, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », RFDA, 2003, p. 792-795 ; C. Geslot, « La loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel », RDP, 2003, p. 793-807 ; O. Gohin, « La réforme constitutionnelle de la décentralisation : épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003 », LPA, 6 juin 2003, n° 113, p. 7-11 ; P. Jan, « L'immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle », LPA, 31 octobre 2003, n° 218, p. 4-11 ; R. Libchaber, N. Molfessis, « Le contrôle d'une éventuelle hiérarchie des normes », RTDC, 2003, p. 563-566 ; D. Maillard Desgrées du Loû, « Le pouvoir constituant dérivé reste souverain », RDP, 2003, p. 725-739 ; T. Meindl, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », RDP, 2003, p. 741-765 ; H. Moutouh, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles : suite et fin », AJDA, 2003, p. 1099-1101 ; E. Neframi, « Quelques réflexions sur les limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle en France », RBDC, 2003, p. 349-366 ; J. Robert, « La forme républicaine du Gouvernement », RDP, 2003, p. 359-366 ; J.-E. Schoettl, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », LPA, 8 avril 2003, n° 70, p. 17-22 ; M. Verpeux, « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de

Revue française de Droit constitutionnel, 59, 2004

pourtant. La formule selon laquelle « ... 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 »² a enterré un débat qui, dès l'origine, semblait reposer sur un certain nombre de malentendus ou de confusions.

Malentendu terminologique en premier lieu. La formulation de la problématique des limites au pouvoir de révision sous les termes de « supraconstitutionnalité » ou de « superconstitutionnalité » en est une première manifestation. L'idée même de l'existence de normes qui seraient supérieures à la Constitution est, du seul point de vue interne, conceptuellement inconcevable³. Une prétendue « supraconstitutionnalité » ne serait envisageable qu'au regard de la révision de la Constitution, et non de l'établissement de la « Constitution ». La rupture ou la continuité par rapport au corpus constitutionnel existant permet de distinguer révision et établissement de la Constitution. Ainsi, « il y a révision aussi longtemps qu'il est possible de fonder la validité d'un acte normatif formellement constitutionnel à partir d'un ensemble normatif formellement constitutionnel en vigueur »⁴; en cas d'impossibilité, nous sommes en présence d'une révolution au sens juridique du terme⁵ établissant une nouvelle Constitution⁶. Si la Constitution peut établir des limites quant à sa révision, il est inconcevable qu'elle puisse contenir des normes « supraconstitutionnelles » qui s'imposeraient à elle⁷. Une nou-

la République : libres propos » RFDA, 2003, p. 661-669 ; Les petites affiches, 19 septembre 2003, n° 188, p. 7-9 ; J.-Cl. Zarka, « Le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle », *Semaine juridique (JCP)*, 2003, p. 732-733 ; W. Zimmer, *cette Revue*, 2003 (54), p. 383-389.

2. cc, n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, précitée, cons. n° 2.

3. B. Mathieu considère en ce sens que « l'existence de règles supra-constitutionnelles en droit interne est une impossibilité « quasi ontologique » » (« La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, 8 mars 1995, n° 29, p. 12).

4. O. Pfersmann, in *Droit constitutionnel*, L. Favoreu (sous la direction de), P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, Dalloz, Précis, 5^e édition, 2002, § 129 (souligné par nous).

5. H. Kelsen définit la révolution comme « toute modification de la Constitution, ou tout changement ou substitution de Constitution (...) qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur » (*Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition par C. Eisenmann, 1962, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 1999, p. 209).

6. La nouvelle Constitution est qualifiée par O. Pfersmann de « « Première Constitution historique » (...) en tant qu'ensemble de normes formellement constitutionnelles issu de la dernière révolution juridique » (in *Droit constitutionnel*, sous la direction de L. Favoreu, op. cit., § 129).

7. L'existence de principes « supraconstitutionnels » emporte pour conséquences, selon M. Troper, « qu'ils ne puissent être créés et modifiés par le pouvoir constituant et a fortiori par l'un des pouvoirs constitués » (« La notion de principes supraconstitutionnels », in *La supraconstitutionnalité*, 15^e Journées juridiques franco-italiennes, Rennes, 7-10 octobre 1993, *JSLC*, vol. 15, 1993, p. 343).

velle Constitution, parce qu'elle résulte d'une révolution juridique, ne saurait être soumise au respect d'aucune norme juridique. Elle se situe par définition dans un domaine « métajuridique ou extrajuridique »⁸. D'où le rejet du terme de « supraconstitutionnalité » car il renvoie à une conception tirée du droit naturel, qui assujettirait la Constitution au respect de considérations idéologiques, politiques, morales ou sociales. Or, si l'on entend se cantonner à une position juridique, de telles considérations ne peuvent être qu'écartées parce qu'elles correspondent à d'autres niveaux de langage politique, philosophique, religieux ou sociologique. Autre imprécision terminologique, chargée d'un certain poids « idéologique », les expressions de « pouvoir constituant originaire » ou de « pouvoir constituant dérivé », auxquelles on préférera une terminologie plus neutre. Aussi, le pouvoir qui établit la première Constitution sera-t-il qualifié de pouvoir constituant, l'acte la formalisant, l'acte constituant ; le pouvoir de modification de cette Constitution, qui se rattache formellement à celle-ci, pouvoir de révision, qui s'exprime par un acte de révision⁹.

Malentendu théorique en deuxième lieu, qui apparaît comme le reflet des précédents. L'expression même de « supraconstitutionnalité » contient à elle-seule l'étendue du malentendu théorique concernant les limites aux lois de révision. Autres expressions, autre approche théorique, les termes de « constitutionnalité supérieure »¹⁰ ou « constitutionnalité renforcée »¹¹ seront utilisés. Ces expressions entendent qualifier une différenciation des procédures de formalisation du droit constitutionnel. Toute limite au pouvoir de révision de la Constitution est susceptible d'être interprétée comme une manifestation de cette différenciation, et donc comme l'expression d'une « constitutionnalité supérieure » ou « renforcée ». Il est ainsi possible de proposer une justification théorique satisfaisante à l'appui des limites aux lois de révision constitutionnelle (§ I).

Question différente, qu'il convient de rigoureusement distinguer de la précédente, la question du contrôle du respect des limites au pouvoir de révision constitutionnelle. Cette dissociation des limites au pouvoir de révision constitutionnelle et celle du contrôle et de la sanction du respect de ces limites semble d'ailleurs implicitement consacrée par la jurisprudence constitutionnelle française. Si le Conseil constitutionnel a explicitement écarté sa compétence pour contrôler la constitutionnalité d'une loi de révision, il a constamment affirmé, de 1992 à 2004¹², que

8. J. R. A. Vanossi, *Teoria constitucional. I Teoria constituyente. Poder constituyente : fundacional ; revolucionario, reformativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 173.

9. O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, p. 310.

10. O. Pfersmann, in *Droit constitutionnel*, op. cit., § 120.

11. A. Pizzorusso, « Art. 138 Costituzione », in *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe BRANCA, Garanzie costituzionali*, Art. 134-139, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1981, p. 722.

12. cc, n° 99-410 DC, 15 mars 1999, Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II, RJC-I, p. 812 et s., cons. n° 3 ; n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, Quotas par sexe III, JORF, 7 juil-

« 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... »¹³. Il reste que d'un point de vue théorique, la question même du contrôle des limites est loin de pouvoir recevoir une réponse univoque. A cet égard, il n'est possible que de conduire certaines réflexions sur les difficultés théoriques soulevées par le contrôle des lois de révision (§ II).

Confusions, en troisième lieu, concernant l'analyse du droit positif. La décision du 26 mars 2003, Loi de révision sur la décentralisation, énonçant le refus de contrôler une loi de révision, a pu être lue comme marquant une rupture ou, pour le moins, comme venant expliciter la décision du 2 septembre 1992, Maastricht II, qui pose pour la première fois des limites aux lois de révision. Or chacune de ces décisions s'inscrit dans une perspective différente. Alors que dans la première, le Conseil constitutionnel est directement saisi de la conformité à la Constitution d'une loi de révision, dans la seconde, comme d'ailleurs dans les décisions ultérieures rappelant les limites au pouvoir de révision, il apprécie la conformité à la Constitution d'un traité ou d'une loi ordinaire au regard d'une loi de révision spécialement intervenue pour en permettre la ratification ou l'adoption. Incompétent pour « contrôler » directement une loi de révision constitutionnelle, élément dont il ne sera pas directement question dans cette analyse, le Conseil constitutionnel n'en porte pas moins indirectement une appréciation sur de telles lois et, de manière plus précise, sur ce qu'il convient de dénommer des lois constitutionnelles de validation. En effet, l'analyse du droit positif montre que le juge apprécie le caractère opératoire de la loi de révision, c'est-à-dire sa capacité à lever un obstacle constitutionnel précédemment constaté, tout en se limitant à en constater l'existence (§ III).

I – LA JUSTIFICATION THÉORIQUE DES LIMITES AU POUVOIR DE RÉVISION

C'est par une approche théorique normativiste qu'il est possible d'établir une justification théorique satisfaisante des limites au pouvoir de révision constitutionnelle par le principe d'une « différenciation hié-

let 2000, p. 8564 ; cons. n° 6 ; n° 2003-478 DC, 30 juillet 2003, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, JORF, 2 août 2003, p. 13302, cons. n° 3 ; n° 2004-490 DC, 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF, 2 mars 2004, p. 4220, cons. n° 8. Voir la décision de principe, sous une formulation légèrement différente : cc, n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Maastricht II, RJC-I, p. 506, cons. n° 19.

13. cc, n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

rarchique du droit constitutionnel formel »¹⁴ (B). Une telle présentation suppose que soit préalablement exposée la distinction classique entre pouvoir constituant et pouvoir de révision constitutionnelle qui s'avère d'un apport déterminant (A).

A – LA DISTINCTION CLASSIQUE ENTRE POUVOIR CONSTITUANT ET POUVOIR DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

Sieyès a le premier formulé la théorie du pouvoir constituant en distinguant entre pouvoir constituant et pouvoir constitué¹⁵. Cette distinction est essentielle parce qu'elle met en évidence la différence fondamentale entre l'établissement d'une – nouvelle – Constitution et la révision d'une Constitution. Alors que le premier est une manifestation d'un pouvoir originaire, le second est une expression d'un pouvoir dérivé du premier. Le pouvoir de révision, envisagé comme un pouvoir constitué, est en conséquence soumis au respect du pouvoir constituant. Son action est par définition encadrée et limitée par le pouvoir qui l'a institué.

La même idée est reprise par C. Schmitt avec la distinction entre Constitution et lois constitutionnelles. Ainsi, « la Constitution au sens positif naît d'un acte du pouvoir constituant », « en revanche, les lois constitutionnelles n'ont de validité que sur le fondement de la Constitution et présupposent une Constitution »¹⁶. Par rapport à « son contenu, une loi constitutionnelle est la concrétisation normative de la volonté constituante »¹⁷. Cette distinction n'est cependant possible que « parce que l'essence de la Constitution n'est pas contenue dans une loi ou dans une norme. Avant toute normation, on rencontre la décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant, c'est-à-dire du peuple dans la démocratie, du monarque dans la vraie monarchie »¹⁸. Elle implique ainsi, comme chez Sieyès, le recours à une question de légitimité. Pour reprendre la distinction mise en lumière par N. Bobbio, on retiendra que « le pouvoir légitime est un pouvoir, dont le titre est juste ; un pouvoir légal est un pouvoir, dont l'exercice est juste »¹⁹. Dans une démocratie, le pouvoir constituant est souverain parce qu'il représente l'expression d'une décision politique du peuple. Même sous l'angle de la légitimité, C. Schmitt distingue l'intervention du peuple en tant que pouvoir

14. Nous reprenons ici l'intitulé d'une subdivision du plan du manuel de droit constitutionnel élaboré sous la direction de L. Favoreu (op. cit., § 146).

15. Pour un exposé de la théorie de Sieyès : C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, traduit de l'allemand par Lilyane Deroche, PUF, 1993, p. 213 et s. ; M. Troper, « La notion de principes supraconstitutionnels », précité, p. 346-347.

16. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 152 et p. 153.

17. Loc. cit., p. 212.

18. Loc. cit., p. 154.

19. N. Bobbio, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n° 32, 2000, p. 149.

constituant ou en tant que pouvoir institué²⁰. Cette précision est fondamentale car l'intervention du peuple en tant que source fondamentale de légitimité dans un régime démocratique rencontre des limites lorsqu'elle est l'expression d'un pouvoir constitué. Le peuple ne sera véritablement souverain que lorsqu'il intervient en tant que pouvoir constituant, et non en tant que pouvoir constitué²¹.

La distinction pouvoir constituant/pouvoir de révision constitutionnelle trouve sans aucun doute son expression la plus aboutie chez A. Ross par un recours à la logique et à la critique de « l'autoréférentialité ». Sa démonstration porte sur la possibilité de réviser la clause de révision de la Constitution par l'utilisation de cette même clause de révision. La réponse négative qu'il apporte à cette question repose sur deux éléments logiques : il est impossible qu'une norme détermine les conditions de sa propre création ; une proposition ne peut se référer à elle-même²². Selon ces principes, la question de la révision de la clause de révision aboutit à un paradoxe en ce qu'elle est réflexive²³. La Constitution ne peut donc prévoir les conditions de sa propre création et se référer à elle-même. Seule la distinction pouvoir constituant/pouvoir de révision constitutionnelle permet de dépasser ce paradoxe. La Constitution ne prévoit plus alors les conditions de sa production, mais les conditions de la production des lois constitutionnelles, et donc de sa modification. La Constitution institue un pouvoir de révision constitutionnelle qui, en tant que pouvoir constitué, est soumis au respect du pouvoir constituant originaire matérialisé dans la Constitution.

20. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 236.

21. Cette conception n'a pas été retenue par le Conseil constitutionnel français. Selon lui, même lorsque le peuple intervient en tant que pouvoir constitué, dans le cadre du référendum législatif prévu par l'article 11 de la Constitution, les lois qu'il adopte par référendum « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (CC, n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, précitée, considérant n° 2 ; n° 92-313 DC, 23 septembre 1992, précitée, considérant n° 2). Selon ce principe, une loi ordinaire adoptée par le peuple ne peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité de la part du juge constitutionnel. En tant qu'expression directe de la souveraineté, une telle loi ne saurait être assujettie au respect des règles constitutionnelles, alors même que le peuple est intervenu sur le fondement de la Constitution, en tant que pouvoir constitué. Voir sur cette question : B. Mathieu, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », précité, p. 16 ; M. Troper, « La notion de principes supraconstitutionnels », précité, p. 349. Pour le Conseil constitutionnel, la force tirée de la légitimité de l'intervention directe du peuple justifie son affranchissement du respect de n'importe quelle disposition constitutionnelle.

22. Pour un exposé de la conception de A. Ross en ce sens : R. A. Vanossi, *Teoria costituzionale. I Teoria costituyente. Poder constituyente : fundacional ; revolucionario, reformator*, op. cit., p. 238. Pour un exposé de la reformulation postérieure de cette conception : Loc. cit., p. 242 et s. Voir également : V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, CEDAM, 1971, p. 101-102 ; C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p. 123-131.

23. En ce sens : M. Troper, « La notion de principes supraconstitutionnels », précité, p. 347. Le paradoxe serait, selon cet auteur, semblable à celui de la toute puissance de Dieu : « Dieu est-il capable de créer une pierre si lourde, qu'il ne pourrait lui-même la soulever ? ». Si Dieu est effectivement tout puissant, il peut créer une telle pierre, mais s'il ne peut la soulever lui-même, il ne serait plus alors tout puissant.

M. Troper a formulé de sérieuses réserves à ces conceptions en les assimilant, au-delà de leur prétention normativiste, à des constructions jusnaturalistes. Le fondement des constructions de Sieyès et de C. Schmitt reposerait sur un présupposé idéologique dans l'affirmation de la souveraineté du peuple²⁴. Si le peuple est souverain, même lorsqu'il intervient en tant que pouvoir constitué, il ne pourrait se voir opposer de limites à sa toute puissance. La légitimité de l'intervention du peuple l'emporterait sur sa « constitutionnalité ». Cette critique, difficilement contestable chez Sieyès à propos de la souveraineté de la Nation, l'est plus à propos de C. Schmitt. Ce dernier distingue en effet l'intervention du peuple en tant que pouvoir constituant et en tant que pouvoir constitué. Cette distinction n'est cependant pas sans contradiction au regard d'autres affirmations formulées dans la Théorie de la Constitution. C. Schmitt considère ainsi que « le peuple exerce son pouvoir constituant par n'importe quelle expression discernable de sa volonté globale directe qui porte sur une décision sur le genre et la forme de l'existence de l'unité politique »²⁵ et que « le pouvoir constituant n'est pas abrogé ou évacué parce qu'il s'est exercé une fois (...). [La] volonté [qui l'anime] continue à exister à côté de la Constitution et au-dessus d'elle »²⁶. L'expression directe de la volonté du peuple est comprise de manière automatique comme une expression du pouvoir constituant, puisque, en toute hypothèse, il ne saurait être soumis à une procédure préalable. Même intervenant en tant que pouvoir constitué, et en violant les dispositions de la Constitution, le seul fait qu'il existe une intervention directe du peuple implique une manifestation du pouvoir constituant originaire²⁷. Pour des raisons différentes, mais toujours pour le même motif, M. Troper rejette également la construction de A. Ross car elle est une variante du jusnaturalisme²⁸. Le fait que l'interrogation de Ross aboutisse à un paradoxe ne signifie pas pour autant que cette formule ne soit pas juridiquement valide. Ce qui est logiquement impossible n'est pas pour autant juridiquement inconcevable.

24. M. Troper, « La notion de principes supraconstitutionnels », précité, p. 349. Voir également pour une critique en ce sens : O. Beaud, *La Puissance de l'Etat*, PUF, 1994, p. 414-415. Pour O. Pfersmann, « l'utilisation du concept de « constituant originaire » répond en effet à une préoccupation politique précise (...) Elle n'est autre chose que la revendication d'un système juridique démocratique qui pense se donner plus de force de conviction en affirmant que le droit de se donner une Constitution constitue d'emblée une norme juridique. Or, si l'on peut en effet reconnaître la légitimité morale de cette exigence, il n'en résulte nullement qu'elle serait pour cette seule raison une norme juridique » (in *Droit constitutionnel*, op. cit., § 132).

25. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 218.

26. *Loc. cit.*, p. 212.

27. Voir également, en faveur du principe de permanence du pouvoir constituant du peuple quelles que soient les modalités de son intervention : M. Fatim-Rouge, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, *Economica-PLUAM*, 2004, p. 287 et s. et p. 291 et s.

28. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 348.

Ces critiques, si elles mettent l'accent sur certaines faiblesses des constructions fondées sur la distinction entre pouvoir constituant/pouvoir dérivé, ne sauraient masquer leur caractère fondamental quant à la recherche du fondement des limites au pouvoir de révision constitutionnelle. On pourra objecter à M. Troper, dont la réflexion s'inscrit dans un courant réaliste, qu'à suivre son orientation, aucune limite ne saurait être théoriquement opposable au pouvoir de révision constitutionnelle²⁹, qui peut toujours modifier soit la procédure de révision, soit les interdictions de révision. Cette position, si elle peut être soutenue en théorie, se heurte toutefois au droit positif et au principe de la différenciation hiérarchique du droit constitutionnel formel. La critique de M. Troper formulée à l'encontre de la position de A. Ross sera également écartée. S'il est vrai que le droit ne saurait être confondu avec la logique, il n'en reste pas moins que par définition, dans un ordre juridique hiérarchisé, « aucune source ne peut disposer elle-même de son propre régime juridique (effets, abrogation, position systématique, etc.) »³⁰. La négation de ce principe revient en dernier lieu à nier toute hiérarchie dans un ordre juridique. Le courant réaliste auquel se rattache M. Troper n'est pas, là non plus, étranger à une négation de l'organisation d'un ordre juridique en termes de hiérarchie³¹.

29. Ce refus d'admettre des limites au pouvoir de révision est partagé par une partie de la doctrine soutenant notamment qu'il est toujours possible de réviser les clauses constitutionnelles interdisant certaines révisions de la Constitution (thèse de la double révision successive). La clause de révision est souvent considérée comme la seule disposition constitutionnelle non modifiable. Voir notamment en ce sens : G. Vedel, « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 89-90. Dans un écrit antérieur, ce même auteur avait pourtant soutenu une position encore plus radicale : « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet elle-même d'une révision (...)) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce même dernier alinéa) » (G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, 1992, p. 179).

Pour un exposé des différentes positions doctrinales sur cette question, exposant celles qui envisagent la possibilité même d'une révision de la clause de révision : O. Beaud, *La Puissance de l'État*, op. cit., p. 370 et s. ; B. Genevois, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, p. 914 et s. Voir pour un exposé des positions de la doctrine italienne dans le sens de la possibilité de réviser les dispositions constitutionnelles d'interdiction de révision : M. Rodríguez, « Art. 138-139 Costituzione », in *Commentario breve alla Costituzione*, V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, CEDAM, 1990, p. 813-814. Ces constructions rejettent ainsi la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir de révision constitutionnelle.

30. G. Zagrebelski, *Manuale di diritto costituzionale*. Volume primo : il sistema delle fonti del diritto, UTET, 1990, p. 102.

31. Pour une critique du courant réaliste français sous cet angle : D. de Béchillon, « Réflexions critiques », *RRJ-DP*, 1994, n° 1, p. 264-266. Pour une réponse sur la négation de la hiérarchie des normes : M. Troper, « Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ-DP*, 1994, n° 1, p. 274.

Pour un débat récent sur la théorie réaliste – française – de l'interprétation : O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », cette *Revue*, n° 50, 2002, p. 280-334 ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », cette *Revue*, n° 50, 2002, p. 335-353.

B – L'APPROCHE NORMATIVISTE : LA DIFFÉRENCIATION HIÉRARCHIQUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL FORMEL

La question des limites au pouvoir de révision constitutionnelle, conformément à une perspective normativiste, ne saurait se concevoir que sous un angle formel³². Que ce soit au regard de normes de forme ou de normes de fond, la limite au pouvoir de révision ne concerne que la procédure à utiliser pour procéder valablement à une révision constitutionnelle. La Constitution peut non seulement prévoir une procédure particulière pour sa révision, mais également interdire que cette procédure puisse être valablement utilisée pour modifier certains éléments particuliers « de contenu », de fond, qu'elle institue, et établir ainsi des « limites substantielles aux révisions de type formel »³³. Par la voie procédurale de révision prévue, la Constitution exclut que l'acte de révision puisse revêtir un certain contenu. Sous cet angle d'approche exclusivement formel, une justification satisfaisante des limitations au pouvoir de révision constitutionnelle est susceptible d'être proposée à partir du principe d'une différenciation hiérarchique du droit constitutionnel formel, qui traduit des « degrés différenciés de rigidité » de la Constitution³⁴.

Le principe d'une différenciation des procédures de formalisation des différentes normes au sein d'un ordre juridique semble s'imposer à partir du moment où cet ordre est hiérarchiquement organisé. La logique qui préside à ce principe consiste à prévoir une procédure toujours plus complexe, une procédure renforcée, au fur et à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie des normes. Le principe même du constitutionalisme implique qu'il existe une différenciation du mode de production des lois ordinaires et de celui des lois de révision constitutionnelle. Ainsi, il sera plus aisé, compte tenu des formes prévues, d'adopter une loi ordinaire qu'une loi constitutionnelle. Cet élément, largement acquis pour la dif-

32. En ce sens, H. Kelsen considère que « l'inconstitutionnalité dite matérielle est en dernière analyse une inconstitutionnalité formelle, en ce sens qu'une loi dont le contenu est en contradiction avec les prescriptions de la Constitution cesserait d'être inconstitutionnelle si elle était votée comme loi constitutionnelle » (« La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », RDP, 1928, p. 206). Dans le même sens, selon C. Eisenman, si la dénomination d'inconstitutionnalité matérielle « est exacte en ce sens que le critère de l'irrégularité a bien un caractère matériel, l'inconstitutionnalité de la loi découlant de ce qu'elle porte sur une matière ou édicte une disposition hors de sa compétence. Mais il ne faut pas perdre de vue que, précisément parce qu'elle concerne exclusivement la répartition des compétences – la question de son fond reste de procédure : prononcer l'inconstitutionnalité matérielle d'une norme légale, c'est-à-dire que, dérogeant à son objet ou son contenu à la Constitution, cette norme aurait dû être posée en la forme constitutionnelle » (La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, *Economica-Puam*, Collection Droit public positif, 1986, p. 16-17).

33. A. Ruggeri, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 63-64.

34. G. De Vergottini, « Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa », *Giur. Cost.*, 1994, n° 2, p. 1371.

férence lois ordinaires/lois constitutionnelles, est susceptible de se concevoir à propos des lois constitutionnelles elles-mêmes. La Constitution peut alors très bien établir des procédures différentes de formalisation des lois constitutionnelles. Rien n'empêche le constituant de considérer qu'il existe, au sein des normes qu'il pose dans la forme constitutionnelle, certaines qui sont plus essentielles que d'autres et de prévoir en conséquence pour leur modification une procédure renforcée et différenciée par rapport à celle prévue pour les autres normes constitutionnelles.

L'existence d'une différenciation hiérarchique du droit constitutionnel formel n'apparaît pas toujours de manière évidente car elle n'est pas toujours explicitement consacrée par le droit positif. Seront en ce sens distinguées, à partir des données du droit positif, les différenciations hiérarchiques explicites, de celles implicites qui se matérialisent par les interdictions de révision constitutionnelle.

Certaines constitutions établissent explicitement différentes procédures de formalisation du droit constitutionnel, le plus souvent en fonction de l'importance de l'objet de la révision constitutionnelle. La Constitution espagnole du 27 décembre 1978 établit ainsi deux procédures de révision constitutionnelle dans ses articles 167 et 168 ; la seconde, renforcée par rapport à la première, devant être utilisée en cas de révision totale de la Constitution ou de révision partielle de certaines parties de la Constitution telles que : le titre préliminaire, la section première du chapitre I du titre I consacrée aux droits fondamentaux et aux libertés publiques et le titre II sur la Couronne. La Constitution fédérale helvétique du 18 avril 1999 distingue de la même manière deux procédures de révision selon que la modification porte sur l'ensemble du texte constitutionnel (révision totale, article 138) ou seulement sur certaines de ses dispositions (révision partielle, article 139). Enfin, la Constitution autrichienne de 1920 introduit également deux procédures selon que la révision porte sur l'ensemble de la Constitution ou sur certains de ses éléments. Ces exemples sont particulièrement significatifs car ils témoignent de la volonté du constituant de poser des procédures de révision constitutionnelle plus élaborées selon l'ampleur (Autriche, Espagne, Suisse) ou l'objet (Espagne) de la révision. D'un point de vue politique, il n'apparaît d'ailleurs pas choquant que des révisions de l'ensemble du texte constitutionnel exigent des modalités d'adoption plus strictes que celles prévues pour des révisions partielles.

L'analyse se révèle plus complexe si l'on admet l'existence d'une différenciation hiérarchique du droit constitutionnel formel implicite à travers les interdictions de réviser la Constitution³⁵. La France et l'Italie, si

35. Voir cependant, distinguant l'hypothèse de la différenciation hiérarchique du droit constitutionnel de celle des interdictions de réviser : O. Pfersmann, in *Droit constitutionnel*, sous la direction de L. Favoreu, op. cit., § 145 et s.

l'on s'en tient aux seules limites explicitement fixées par la Constitution, prévoient toutes deux des interdictions de révision constitutionnelle par des dispositions voisines : l'article 89 alinéa 5 de la Constitution française prévoit ainsi que la « forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » ; l'article 139 de la Constitution italienne que la « forme républicaine ne peut faire l'objet de révision constitutionnelle »³⁶. De telles interdictions établissent selon nous une différenciation hiérarchique implicite du droit constitutionnel formel. D'un côté, il existe une différenciation hiérarchique, car il ne saurait être valablement adopté par la voie de la procédure de révision constitutionnelle fixée par la Constitution de lois constitutionnelles modifiant la forme républicaine. De l'autre, cette différenciation est implicite, parce que la procédure susceptible d'être suivie pour modifier cette forme républicaine n'est pas prévue par la Constitution. En d'autres termes, la Constitution ne fait qu'indiquer dans quel cas il n'y aurait plus révision constitutionnelle, mais adoption d'une nouvelle Constitution. Le constituant formalise le seuil au-delà duquel son œuvre s'éteindra, il explicite d'un point de vue matériel la frontière entre une révision constitutionnelle et une révolution juridique. Contrairement à l'Espagne pour laquelle la procédure de modification des dispositions constitutionnelles relatives à la Couronne est formalisée dans la Constitution, les constitutions française et italienne restent muettes sur ce point à propos de la forme républicaine.

Face à ce silence, trois thèses ont été avancées. La première, qui tend substantiellement à nier l'existence de limites au pouvoir de révision constitutionnelle, défend le recours à une double révision par deux actes différents et successifs : suppression de la clause d'interdiction de la révision dans un premier temps, modification de la forme républicaine dans un second temps³⁷. Cette thèse sera écartée car elle procède à une négation

36. Ces interdictions de révision ont des origines différentes en France et en Italie. L'histoire constitutionnelle française offre plusieurs exemples de ce type de clauses. Le Préambule de la Constitution du 4 novembre 1848, dans son article I, a posé le principe de la « forme définitive » du gouvernement républicain. Sous la III^e République, c'est la loi constitutionnelle du 14 août 1884, portant révision de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui a pour la première fois établi que « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision » et que « les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la République ». La Constitution du 27 octobre 1946 a repris littéralement cette interdiction de révision dans son article 95. En Italie, le choix de la forme républicaine du gouvernement est issu du référendum institutionnel du 2 juin 1946. L'interdiction de révision de la forme républicaine, retenue par les constituants en 1947, trouve donc sa légitimité dans l'expression directe de la volonté populaire. Voir sur ce référendum institutionnel : M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, A.G., Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1995, p. 151 et s. ; G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*. Volume primo : il sistema delle fonti del diritto, UTET, 1990, p. 40-41.

37. La question de la révision de la clause de révision soulève la même difficulté que celle de la révision de la clause d'interdiction de révision. L'argumentation qui consiste à soutenir que l'on peut toujours modifier ce qu'il est interdit de modifier « débouche sur une régression à l'infini » qui conduit à devoir l'écartier : « s'il était licite de réviser d'abord l'article 89 (5), le constituant pourrait directement interdire de le modifier. S'il était alors licite

tion de l'hypothèse de différenciation hiérarchique du droit constitutionnel formel. La deuxième, proche de la doctrine administrativiste française, plaide pour le respect du parallélisme des procédures : on ne pourra modifier la clause d'interdiction qu'en utilisant la même procédure que celle qui a présidé à son adoption. Cette thèse implique d'un côté que toute révision des clauses de révision ou d'interdiction de révision exige l'adoption d'une nouvelle Constitution. Néanmoins, d'un autre côté, elle tend à astreindre au respect d'une procédure l'exercice du pouvoir constituant, alors même que ce dernier ne saurait l'être par définition. La dernière, qui se rapproche de l'analyse retenue de l'institution d'une nouvelle Constitution, exclut qu'une modification de la clause de révision se situe dans une perspective juridique : une telle modification est une manifestation d'une nouvelle Constitution, dont l'adoption n'obéit à aucune règle juridique. Cette dernière thèse représente la seule traduction correcte du phénomène de révolution juridique décrit par H. Kelsen. Elle ouvre néanmoins des difficultés particulières à partir du moment où l'on aborde la question du contrôle des lois de révision constitutionnelle. Ces difficultés se rencontrent d'ailleurs aussi bien à propos d'une différenciation explicite du droit constitutionnel formel que d'une différenciation implicite, même si elles présentent une acuité plus importante dans cette dernière hypothèse.

II – RÉFLEXIONS SUR LES DIFFICULTÉS THÉORIQUES SOULEVÉES PAR LE CONTRÔLE DES LOIS DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

Le cœur de la difficulté théorique lorsqu'il s'agit d'envisager le contrôle des lois de révision constitutionnelle réside dans la distinction déjà établie entre révision constitutionnelle et révolution juridique et, plus précisément, dans l'établissement de la frontière entre ces deux éléments. D'un côté, la présence d'une révision constitutionnelle, c'est-à-dire d'une loi de révision adoptée conformément aux règles de production établies par la Constitution en vigueur, marque un rattachement à cette dernière. Ce rattachement formel semble en conséquence pouvoir justifier un contrôle de constitutionnalité de la loi de révision constitutionnelle (A). D'un autre côté, toute violation d'une norme issue de la Constitution en vigueur par une « loi constitutionnelle » tend à inscrire

de réviser cette interdiction, on pourrait interdire de réviser cette interdiction de réviser etc. L'argument se réduit donc à l'affirmation que le texte peut être considéré comme non écrit » (O. Pietsmann, in *Droit constitutionnel*, op. cit., § 149, souligné par nous). Une telle analyse conduit ensuite à exclure toute possibilité de révolution juridique.

cette dernière dans une perspective de révolution juridique. Que la loi constitutionnelle ait été adoptée en violation des règles de production des lois de révision fixées par la Constitution en vigueur, il s'agit alors d'une révolution juridique proprement dite, ou en violation d'autres règles constitutionnelles, on parlera de loi de révision « inconstitutionnelle », la rupture avec l'ordre constitutionnel en vigueur existe. La question du contrôle de la révolution juridique proprement dite ou de la loi de révision « inconstitutionnelle » se heurte à la question de leur efficacité, et donc à la réussite de la révolution juridique.

A – LE RATTACHEMENT FORMEL DE LA LOI DE RÉVISION À LA CONSTITUTION

Le critère de distinction entre la révision constitutionnelle et la révolution juridique réside, par définition, dans le rattachement formel ou l'absence de ce rattachement à la Constitution en vigueur. C'est donc l'existence de ce lien qui appellera un contrôle de constitutionnalité de la loi de révision constitutionnelle. La révolution juridique marquant une rupture avec l'ordre juridique antérieur, elle ne peut se voir réclamer du respect d'aucune règle juridique antérieure. Aussi, seule la révision peut-elle être appréciée au regard des normes posées par la Constitution. L'intervention du juge constitutionnel, pour contrôler un acte de révision et pour sanctionner les limites au pouvoir de révision, dépendra de l'existence d'un lien juridique entre cet acte et la Constitution elle-même, dont procèdent à la fois le juge constitutionnel et les limites à ce pouvoir. Ce lien inscrit le contrôle du juge dans la perspective de la Constitution en vigueur. Seul le respect des règles de procédure permet au juge constitutionnel d'être saisi et, le cas échéant, de sanctionner une loi constitutionnelle méconnaissant une règle de fond fixée par la Constitution. Le non-respect des règles de forme s'analyse en une révolution à laquelle le juge constitutionnel ne pourrait opposer aucune règle juridique quelle qu'elle soit. La loi de révision constitutionnelle n'existe dans le système juridique que si elle a été adoptée conformément aux règles de production établies par ce système.

L'hypothèse envisagée concerne le cas où une loi de révision a été d'une part adoptée conformément aux règles de procédure établies dans la Constitution, mais s'avère d'autre part contraire à d'autres règles. Elle doit être appréhendée au regard des deux cas de différenciation hiérarchique du droit constitutionnel formel mis en évidence précédemment.

En cas de différenciation explicite, l'idée même de révolution juridique, à condition évidemment qu'il existe un contrôle effectif du respect des règles de révision constitutionnelle, est en principe exclue puisqu'une modification de l'ensemble de la Constitution est soumise au respect

d'une procédure établie par la Constitution elle-même. Il reste que, selon l'hypothèse, la révision constitutionnelle aurait formellement respecté l'une des deux procédures de révision instituées, mais en raison de l'objet de la révision, ce n'est pas la procédure valable qui a été utilisée. En Espagne par exemple, la procédure de révision simplifiée aurait été utilisée pour supprimer la monarchie et instituer une République. La sanction par le juge d'une telle loi constitutionnelle est parfaitement envisageable. Elle se rattache formellement à la Constitution, mais, en raison de son objet, ce n'est pas la procédure adéquate qui a été utilisée. Il appartient alors au juge de censurer cette loi pour détournement de procédure. Pour reprendre notre exemple, la loi constitutionnelle serait déclarée contraire à la Constitution car la voie normative utilisée ne peut valablement instituer une réforme de la Constitution ayant cet objet. Le juge constitutionnel préserve son rôle d'aiguilleur³⁸ en indiquant la voie normative utilisable pour mettre en place une réforme portant sur tel ou tel objet.

En cas de différenciation implicite du droit constitutionnel formel, malgré certaines spécificités, la même logique est transposable. Imaginons, pour la France ou l'Italie, une loi constitutionnelle adoptée conformément à la procédure de révision, mais qui entendrait restaurer une monarchie³⁹. Si la procédure pour instituer un tel régime n'est pas explicitement fixée par la Constitution, il n'en reste pas moins que la procédure de révision prévue interdit qu'un tel régime puisse être mis en place par cette voie. Le juge constitutionnel, en sanctionnant une telle loi, ne fera que préciser l'utilisation « inconstitutionnelle » de la procédure de révision⁴⁰. Il ne peut en revanche indiquer quelle sera la procédure qui pourra être valablement utilisée car elle relève d'un cas de révolution juridique ; tout au plus pourra-t-il affirmer la nécessité d'adopter une nouvelle Constitution.

38. L'expression d'aiguilleur est de L. Favoreu : « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », RDP, 1982, p. 419-420 ; « La légitimité du juge constitutionnel », RIDC, 1994, p. 578-579. La même idée a été reprise par G. Vedel avec la métaphore du lit de justice : « si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts » (« Schengen et Maastricht », RFDA, 1992, p. 180). Voir sur ces expressions d'aiguilleur et de lit de justice : M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, op. cit., p. 225 et s.

39. Il n'est pas question ici de discuter de la signification de l'expression « forme républicaine de gouvernement » qui est prise ici dans son sens originel.

40. O. Beaud soutient en ce sens que les limites au pouvoir de révision signifient « uniquement que le droit constitutionnel entend s'opposer à leur suppression, en quelque sorte clandestine, par une simple révision constitutionnelle » (*La puissance de l'État*, op. cit., p. 355).

B – L'EFFICACITÉ DE LA RÉVOLUTION JURIDIQUE

D'un point de vue normatif, seule une révision constitutionnelle formellement adoptée selon la procédure prévue par la Constitution peut être considérée comme valable. En dehors du respect de cette procédure, une révision constitutionnelle ne peut pas être retenue comme juridiquement existante. Parce qu'elle marque formellement une rupture avec l'ordre juridique antérieur, elle constitue en elle-même une nouvelle Constitution. Il est encore possible de rapprocher de cette hypothèse de révolution « première » une loi de révision formellement rattachable à la Constitution en vigueur, c'est-à-dire adoptée conformément à la procédure de production prévue, mais qui, en méconnaissant d'autres règles instituées par la Constitution, se pose en une véritable révolution juridique. La loi de révision « inconstitutionnelle » s'apparente à une révolution juridique. Dans ces deux hypothèses de « révolution juridique », le problème se reporte sur la question de « l'efficacité » de la nouvelle Constitution produite. L'efficacité apparaît en effet comme un élément dont dépend la validité d'un ordre juridique : il ne sera considéré comme valide que s'il est « globalement efficace », c'est-à-dire globalement respecté⁴¹. H. Kelsen mesure ainsi, au regard de l'efficacité, la réussite ou l'échec des révolutions juridiques. Seules celles devenant efficaces pourront être considérées comme valables⁴². Ce schéma est parfaitement synthétisé par V. Crisafulli, pour qui, « de toute façon, si le changement [c'est-à-dire la révision constitutionnelle] – même s'il est interdit – réussit tout de même à s'affirmer concrètement dans l'expérience juridique, il ne servirait à rien de le qualifier d' « illégal » ou d' « illégitime », parce que celui-ci se justifierait en lui-même, par la force normative du fait »⁴³. Dans cette perspective, l'intervention du juge constitutionnel se révèle particulièrement délicate. Le prononcé éventuel de l'inexistence de l'acte établissant une nouvelle Constitution ou de l'inconstitutionnalité de la loi de révision, au regard de la Constitution en vigueur, serait annihilé en cas d'efficacité ultérieure de l'acte⁴⁴. La constatation de l'inexis-

41. Sur le lien efficacité/validité, voir : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, op. cit., p. 211 et s. ; O. Pfersmann, in *Droit constitutionnel*, sous la direction de L. Favoreu, op. cit., § 77.

42. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, op. cit., p. 211.

43. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, CEDAM, 1971, p. 106.

44. Cette réflexion doit être rapprochée de l'analyse de H. Kelsen à propos de la compétence minimale des organes étatiques pour vérifier « si ce qui se donne subjectivement comme une loi est bien l'œuvre de l'organe investi du pouvoir législatif par la Constitution ». Il considère en effet que, si une vérification n'intervient pas « et si les normes générales édictées par l'usurpateur deviennent de la sorte efficaces, on a affaire à un changement révolutionnaire de Constitution, et par là même à une loi conforme à la nouvelle Constitution, donc constitutionnelle » (*Théorie pure du droit*, 2^e édition, op. cit., p. 271). Cette affirmation tend à imposer l'exercice d'un contrôle sur une révision de la Constitution qui aurait été faite selon une procédure différente de ce que cette dernière prévoit, justement pour éviter une révolution juridique.

tence ou de l'inconstitutionnalité de la loi constitutionnelle n'aura d'effet que pour autant que le nouveau régime, issu de la révolution juridique, est dépourvu d'effectivité. Le droit est pleinement saisi par le fait. Le poids politique de la révolution juridique l'emporte sur tout élément juridique.

Au regard de la difficulté liée à l'efficacité de la révolution juridique ou de la loi de révision inconstitutionnelle, la question du moment de l'exercice du contrôle de constitutionnalité est déterminante. En effet, d'efficacité il ne pourra en être question que si la norme concernée est en vigueur. Dans les deux cas envisagés, loi de révision ou révolution, un contrôle a posteriori ne pourrait s'inscrire que dans une alternative déclarative : la constatation de l'existence d'une nouvelle Constitution ou l'échec de la tentative d'établissement d'une nouvelle Constitution. La difficulté se reporte alors sur l'appréciation de l'efficacité de la loi constitutionnelle.

Avec un contrôle a priori, la question de l'efficacité est écartée, mais les difficultés sont différentes selon qu'il s'agit d'une loi de révision ou d'une révolution. En cas de rattachement formel de la loi constitutionnelle à la Constitution en vigueur, un contrôle a priori ne se heurtera pas à une éventuelle efficacité de la loi puisque, par définition, elle n'est pas en vigueur. L'hypothèse précédemment évoquée de contrôle des lois de révision constitutionnelle, marquant un rattachement formel à la Constitution en vigueur, en présence d'une différenciation explicite ou implicite du droit constitutionnel formel ne soulèvera pas de difficulté s'il est exercé a priori. Plus délicate à appréhender est la question de l'examen d'une « révolution juridique ». Une appréciation a priori par le juge constitutionnel apparaît plutôt saugrenue dans la mesure où l'entrée en vigueur d'une révolution juridique, par principe insusceptible de se voir astreinte au respect d'aucune règle juridique, semble difficile à déterminer. Le droit positif français a cependant fourni un exemple particulièrement remarquable de contrôle a priori d'une révolution juridique ou, pour être plus explicite, d'une loi constitutionnelle non formellement rattachable à la Constitution en vigueur. Dans la décision du 6 novembre 1962⁴⁵, le Conseil constitutionnel était ainsi saisi de la conformité à la Constitution d'une « loi de révision constitutionnelle » adoptée par la voie référendaire. De révision constitutionnelle, il s'agissait en réalité d'une révolution juridique dans la mesure où l'acte de révision n'était pas formellement rattachable à la Constitution du 4 octobre 1958, la procédure de l'article 11 de la Constitution ayant été utilisée aux lieux et places de celle de l'article 89. La solution du Conseil constitutionnel a consisté à refuser de contrôler la loi, notamment parce qu'elle consti-

45. cc, n° 62-20 dc, 6 novembre 1962, Loi référendaire, RJC-I, p. 11.

tuait « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Dans la perspective jusqu'à présent retenue, une telle solution est d'autant plus justifiable qu'elle se situe précisément dans l'ambiguïté qui entoure l'appréciation de l'efficacité d'une révolution juridique. Dans la décision de 1962, l'existence d'un référendum populaire peut être considérée comme marquant l'efficacité de la révolution juridique. Certes, la révolution, au regard de la Constitution de 1958, n'est pas en vigueur, mais en tout état de cause, puisque qu'il s'agit d'une révolution, la Constitution de 1958 n'est pas applicable. Le caractère quelque peu paradoxal de cette situation conduit à rechercher l'efficacité de la révolution, cette dernière excluant toute possibilité de contrôle. L'existence d'un référendum, c'est-à-dire d'une consultation directe des destinataires, représente un instrument pertinent de mesure de cette efficacité. Cette reconstruction permet de justifier autrement la solution retenue par le Conseil constitutionnel en 1962. La seule objection qui serait alors susceptible d'être avancée ne concernerait pas l'absence de contrôle, la loi constitutionnelle ayant été « efficace », mais plutôt l'absence de déclaration par le Conseil constitutionnel de l'existence d'une révolution juridique. Tout en refusant d'exercer un contrôle, le Conseil constitutionnel aurait pu constater l'efficacité de la révolution juridique.

III – ANALYSE DU DROIT POSITIF FRANÇAIS : CARACTÈRE OPÉRATOIRE ET EXISTENCE DES LOIS DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

En écartant l'analyse de l'incompétence du Conseil constitutionnel pour contrôler une loi de révision constitutionnelle, il s'agit ici de se concentrer sur la formule relative à l'existence de limites au pouvoir de révision constitutionnelle. Le cœur de la discussion est susceptible de se reporter alors sur la signification du terme de « contrôle » portant sur une loi de révision constitutionnelle. Si l'on peut admettre que le Conseil n'exerce pas de « contrôle » direct des lois de révision constitutionnelle, il n'en vérifie pas moins indirectement le caractère « opératoire » (A). A chaque fois que le Conseil constitutionnel a énoncé les limites aux lois de révision, son contrôle portait sur une loi ordinaire pour laquelle était spécialement intervenue une loi de révision constitutionnelle, une « loi de validation constitutionnelle ». Ce principe de vérification indirecte du caractère « opératoire » d'une loi de révision n'a qu'une étendue limitée, il revient simplement à constater l'existence d'une loi constitutionnelle (B).

A – LE PRINCIPE : LA VÉRIFICATION INDIRECTE DU CARACTÈRE OPÉRATOIRE D'UNE LOI CONSTITUTIONNELLE DE VALIDATION

La décision de principe du Conseil constitutionnel, du 2 septembre 1992, Maastricht II, concernant l'affirmation de limites aux lois de révision constitutionnelle est sans doute la plus explicite de la démarche suivie par le juge. Le contexte dans lequel le Conseil constitutionnel s'est prononcé est significatif. Dans une précédente décision du 9 avril 1992, Maastricht I⁴⁶, saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, il avait déclaré certaines stipulations du traité de Maastricht contraires à la Constitution. La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 est alors intervenue afin de permettre, conformément à l'article 54 de la Constitution, l'introduction dans l'ordre juridique interne de ce traité. Dans la décision du 2 septembre 1992, le juge est saisi de la conformité du même traité à la Constitution telle qu'elle a été révisée le 25 juin. La portée du nouveau contrôle visait en dernier lieu à savoir si la révision avait effectivement permis de lever les obstacles constitutionnels mis en évidence dans la décision du 9 avril. Le Conseil constitutionnel s'inscrit dans cette perspective lorsqu'il affirme que l'une des deux hypothèses dans lesquelles il peut intervenir, compte tenu du contexte précédemment décrit, se matérialise « s'il apparaît que la Constitution, une fois révisée, demeure contraire à une ou plusieurs stipulations du traité »⁴⁷. L'exercice de ce nouveau contrôle implique nécessairement une appréciation de la capacité de la révision constitutionnelle à permettre l'insertion, dans l'ordre juridique interne, d'un engagement international ayant été antérieurement déclaré contraire à la Constitution. Le contrôle porte, il est vrai, directement sur le traité mais, en raison de l'existence d'un contrôle antérieur de ce même traité, le nouvel examen se déplace indirectement sur une appréciation de la révision constitutionnelle. Entre le premier et le second contrôle exercé sur le traité, est intervenue une loi constitutionnelle de validation qu'il convient au juge d'apprécier pour déterminer si le traité est désormais conforme à la Constitution. Ce schéma de « contrôle indirect »⁴⁸ est induit par le processus qui a

46. CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, Maastricht I, RJC-I, p. 497.

47. CC, n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Maastricht II, précitée, considérant n° 5.

48. Voir, avant la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003, pour des positions doctrinales retenant le principe d'un contrôle indirect de la loi constitutionnelle du 25 juin dans la décision du 2 septembre : O. Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle », LPA, 2 avril 1993, n° 40, p. 10. Contra : B. Mathieu, M. Verpeux, « Chronique constitutionnelle », LPA, 9 décembre 1992, n° 148, p. 14 ; B. Mathieu, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », précité, p. 16.

Pour des positions retenant le principe d'un contrôle : P. Gaïa, « Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne », in *Le droit constitutionnel national et l'intégration euro-*

conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer sur des dispositions qu'il avait déjà antérieurement déclarées contraires à la Constitution, mais pour lesquelles le pouvoir de révision est intervenu afin d'écartier cette contrariété. En pratique, le juge constitutionnel n'a précisé les limites au pouvoir de révision que lorsqu'il était saisi d'une loi pour laquelle une révision constitutionnelle était spécialement intervenue afin d'en garantir la conformité à la Constitution.

Tel est le cas dans les quatre autres décisions du Conseil constitutionnel énonçant l'existence de limites au pouvoir de révision constitutionnelle. Dans la décision du 30 mai 2000, Quota par sexe III⁴⁹, à l'instar de ce qu'il s'est produit en 1992, une révision constitutionnelle était expressément intervenue afin de faire échec à une précédente décision du Conseil constitutionnel. En effet, le juge constitutionnel était saisi d'une loi qui avait institué un mécanisme de quotas entre les hommes et les femmes pour les élections politiques. Un tel dispositif avait déjà été censuré deux fois par le Conseil constitutionnel⁵⁰. Le pouvoir de révision est intervenu par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 afin de lever cet obstacle constitutionnel, et donc de permettre la mise en place de quotas par la voie législative. Lors du contrôle intervenu après cette révision d'une loi instituant un tel dispositif, le Conseil constitutionnel était conduit à déterminer si effectivement la révision constitutionnelle avait permis de lever l'obstacle constitutionnel déjà constaté à deux reprises. La décision Loi sur l'expérimentation s'inscrit dans le même contexte. La loi constitutionnelle du 17 mars 2003 est intervenue pour permettre au législateur, dans le cadre de l'expérimentation et dans les conditions fixées par une loi organique, de conférer un certain pouvoir législatif aux collectivités territoriales, pour une durée et un objet limité, mécanisme qui avait été précédemment censuré par le Conseil constitutionnel dans

péenne I, Fédération internationale pour le Droit européen, Berlin, 9-12 octobre 1996, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 261 ; D. Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », RDP, 1993, p. 19-20 ; A. Werner, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », Pouvoirs, n° 67, 1993, p. 123 et p. 135.

Enfin certains auteurs, tout en excluant le principe d'un contrôle d'une loi constitutionnelle, n'en renaient pas moins, à propos de la décision Maastricht II, que le Conseil constitutionnel a été conduit « à exercer indirectement un contrôle sur la pertinence des modifications apportées au texte constitutionnel » (B. Genevois, « Le traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 », RFDA, 1992, p. 944) ou, à propos de la décision Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II, que le juge constitutionnel s'est prononcé « essentiellement sur la portée de la disposition constitutionnelle (...) introduite lors de la révision constitutionnelle » (B. Mathieu, M. Verpeaux, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 21 », LPA, 21 septembre 1999, n° 188, p. 9). De manière synthétique, B. Genevois considérait que si le contrôle du juge constitutionnel « lui permet de préciser la portée d'une révision, il ne se traduit pas pour autant par un contrôle de sa constitutionnalité » (« Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », précité, p. 918).

49. cc, n° 2000-429 dc, 30 mai 2000, Quotas par sexe III, précitée.
50. cc, n° 82-146 dc, 18 novembre 1982, Quotas par sexe I, RJC-I, p. 134 et s., n° 98-407 dc, 14 janvier 1999, Quotas par sexe II, RJC-I, p. 798.

la décision du 17 janvier 2003, Statut de la Corse⁵¹. Les décisions Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II⁵² et Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française⁵³ sont plus spécifiques tout en participant de la même logique. Les dispositifs contrôlés par le juge constitutionnel n'avaient pas, il est vrai, fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité antérieure. Néanmoins, ces dispositifs ne pouvaient être valablement mis en place que parce que des lois constitutionnelles l'avaient spécialement permis. Des lois constitutionnelles sont en effet spécialement intervenues pour autoriser l'adoption de lois. Il s'agissait alors pour le Conseil constitutionnel de déterminer, dans la première, si la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 permettait effectivement d'instituer, au profit de la Nouvelle-Calédonie, un statut largement dérogoire par rapport aux autres collectivités territoriales de la République ; dans la seconde, si la loi constitutionnelle du 17 mars 2003 habilitait le législateur organique à instituer un statut particulier à la Polynésie française. Plus ou moins explicitement, dans les quatre décisions, l'examen d'une loi pour laquelle est spécialement intervenu le pouvoir de révision a impliqué un examen indirect d'une loi de révision constitutionnelle de validation⁵⁴.

B - L'ÉTENDUE : LA CONSTATATION DE L'EXISTENCE DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE VALIDATION

Le principe d'une appréciation indirecte de la révision constitutionnelle, dans les termes ainsi précisés, est admis par le Conseil constitutionnel. Il convient ensuite d'en mesurer l'étendue tel qu'elle apparaît d'abord dans la décision de 1992. Sur cette question, et face aux arguments des requérants tendant à montrer que la révision constitutionnelle n'avait pas permis d'écartier les obstacles constitutionnels relevés dans la décision du 9 avril, le Conseil constitutionnel juge 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 cin-

51. cc, n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, Statut de la Corse, JORF, 23 janvier 2002, p. 1526 et s.

52. cc, n° 99-410 DC, 15 mars 1999, Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II, précitée.

53. N° 2004-490 DC, 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, précitée.

54. Pour une analyse des décisions du 15 mars 1999 et du 30 mai 2000 (implicitement, cette dernière décision n'étant pas encore intervenue au moment de l'écriture de l'article), comme emportant une « mise en cause indirecte des lois constitutionnelles adoptées par la voie du Congrès » : L. Favoreu, « Le Parlement constituant et le juge constitutionnel », in *La République, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, Montchrestien*, 2001, p. 240 et s.

quième 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 les dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »⁵⁵.

Ces développements sont particulièrement éclairants quant à l'étendue de l'appréciation opérée par le Conseil constitutionnel et l'identification des limites opposables au pouvoir de révision. Deux éléments pertinents sont mis en balance de manière contradictoire⁵⁶ : la liberté du pouvoir de révision, qualifié de « souverain », et les limites à ce pouvoir. Il en résulte que les seules limites opposables à une loi de révision sont d'ordre temporel, article 7 (vacance ou empêchement du Président de la République), article 16 (pouvoirs exceptionnels du Président de la République)⁵⁷, article 89 alinéa 4 (atteinte à l'intégrité du territoire) de la Constitution, et d'ordre matériel par l'article 89 alinéa 5. En dehors de ces limites, le pouvoir de révision est libre, ce qui laisse présager d'un « contrôle » minimal de la loi de révision. Pour ce qui concerne notre propos, en raison de l'étendue de la compétence dont dispose le pouvoir de révision, l'appréciation de son exercice par le juge semble se limiter à la seule constatation de l'existence d'une intervention explicite du pouvoir de révision constitutionnelle pour remédier à la déclaration d'inconstitutionnalité antérieure du juge constitutionnel⁵⁸. Les limites au pouvoir de révision dégagées par le Conseil ne semblent pas devoir concerner le caractère opératoire de la révision, c'est-à-dire sa capacité à lever un obstacle constitutionnel précédemment formulé. Sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel est source d'ambiguïté. Le contrôle opéré dans la décision Maastricht II tend à déterminer si la loi de révision a permis de lever la contrariété à la Constitution antérieurement constatée. Deux situations sont alors envisageables : soit l'obstacle est levé, et il n'y pas de difficulté ; soit l'obstacle subsiste, et il appartient au pouvoir de révision d'intervenir une nouvelle fois. Ce contrôle du caractère opératoire de la révision est cependant différent de celui des limites au pouvoir de révision. Alors que dans le premier cas le pouvoir de révision pourra de nouveau intervenir,

55. cc., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Maastricht II, précitée, considérant n° 19.

56. Aussi, O. Beaud considère-t-il que « le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas un pouvoir absolu ou souverain, mais seulement un pouvoir discrétionnaire dans le cercle de ses compétences » (La puissance de l'État, op. cit., p. 474).

57. Cette limitation ne résulte pas expressément de cette disposition constitutionnelle. Sur cette question, le Conseil constitutionnel a entériné une interprétation doctrinale.

58. B. Genevois considère en ce sens que le Conseil constitutionnel peut « vérifier, si besoin est, l'existence d'une révision constitutionnelle sans qu'il lui appartienne pour autant d'en apprécier la validité » (« Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », précité, p. 920, souligné par nous). Reprenant cette analyse, B. Mathieu et M. Verpeaux admettent que le Conseil constitutionnel puisse contrôler l'« existence » d'une révision constitutionnelle mais non sa « validité » (« Chronique de jurisprudence constitutionnelle. Janvier-juin 1999 », LPA, 21 septembre 1999, n° 188, p. 9).

il en ira différemment en cas d'atteinte aux limites qui s'imposent à lui. Or, le Conseil constitutionnel, alors qu'il lui est demandé d'apprécier le caractère opératoire de la révision, se contente d'en indiquer les limites. Aussi la reconnaissance du caractère opératoire de la loi de révision semble-t-elle automatique dès lors que le pouvoir de révision est explicitement intervenu, qu'une loi de révision constitutionnelle existe. L'appréciation de l'intervention du pouvoir de révision renvoie en dernière analyse à l'existence de la loi de révision et donc aux limites à son intervention. Les limites d'ordre temporel et d'ordre matériel apparaissent en effet comme des conditions de validité de la loi de révision constitutionnelle, c'est-à-dire de son existence. Une loi de révision qui serait adoptée pendant l'utilisation de l'article 16 de la Constitution, parce qu'elle méconnaît les règles de production des lois de révision, n'est pas valide, elle est inexistante.

Il reste que l'appréciation par le juge constitutionnel des limites au pouvoir de révision, qui se rattache en dernière analyse à la constatation de l'existence de la loi de révision, n'apparaît pas conflictuelle dans la mesure où cette appréciation est indirecte. Le juge constitutionnel est dans une situation autrement plus confortable qu'en cas de saisine directe de la loi de révision. En 1992, dans le schéma décrit, la constatation éventuelle de la violation de la Constitution par le pouvoir de révision ne rejait qu'indirectement sur celui-ci. Ce qui sera censuré ne sera pas la loi de révision mais le traité qui demeurera contraire à la Constitution. La situation est ici particulièrement subtile car le conflit direct avec le pouvoir de révision ou la question de l'efficacité de la révision ne viennent pas parasiter le contrôle du juge constitutionnel. Ce dernier pourra très bien constater l'irrégularité de la loi de révision sans la censurer puisque ce ne sera pas la loi de révision qui en dernier lieu sera censurée, mais bien ce qu'elle aura eu pour objet de valider, en 1992, le traité.

Ce raisonnement peut encore être transposé aux décisions ultérieures énonçant les limites au pouvoir de révision constitutionnelle. Le « considérant » de principe de 1992 a été ultérieurement repris dans une forme légèrement modifiée : « 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 »⁵⁹. La décision du 30 mai 2000 est particulièrement éclairante sur le schéma décrit à propos de la décision Maastricht II. Le Conseil constitutionnel était saisi de dispositions de loi ten-

59. cc, n° 99-410 DC, 15 mars 1999, Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II, précitée, considérant n° 3 ; n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, Quotas par sexe III, précitée, considérant n° 6 ; n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, précitée, considérant n° 00.

dant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux. Alors qu'il avait antérieurement déclaré contraire à la Constitution des dispositifs proches, une révision constitutionnelle est intervenue afin de permettre la mise en place d'un tel dispositif. Le Conseil, après avoir rappelé le considérant de principe, indique que la révision constitutionnelle intervenue a eu « pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil constitutionnel dans les décisions » antérieures⁶⁰. Il constate ainsi l'efficacité de la loi de révision au regard de son objet. Sans doute les autres décisions sont-elles moins explicites. Pourtant dans chacune d'entre elle le Conseil constitutionnel relève l'intervention de la loi constitutionnelle qui seule permet l'intervention valide du législateur organique. Le Conseil se borne ainsi à constater l'intervention du pouvoir de révision constitutionnelle, c'est-à-dire l'existence d'une loi de révision constitutionnelle.

La décision du 26 mars 2003 aura contribué, on ne peut que s'en féliciter, à ce que le mythe soit saisi par le droit : aucune chimère derrière les limites au pouvoir de révision constitutionnelle mais de solides bases théoriques ; au-delà des justifications politiques à l'absence de contrôle – ou au refus de contrôle – des lois de révision par le Conseil constitutionnel, des difficultés théoriques sérieuses ; point de rupture avec la jurisprudence antérieure mais simplement la résolution d'une question différente. Si le Conseil constitutionnel ne peut être directement saisi de la conformité à la Constitution d'une loi de révision constitutionnelle, il peut apprécier indirectement le caractère opératoire d'une loi constitutionnelle de validation ce qui revient, en dernière analyse, à en constater l'existence.

60. cc, n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, Quotas par sexe III, précitée, considérant n° 6.