



TRAVAUX DIRIGÉS DE DROIT CONSTITUTIONNEL

Cours de : M. le Prof. Philippe **COSSALTER**

Chargées de TD : Dr. Maria KORDEVA / Sarah GEIGER

Année universitaire 2020/2021 – Licence L1 – S1

SÉANCE n°3

Pouvoir constituant et pouvoir de réviser la constitution

I. Documents reproduits :

Doc. n°1 : Constitution du 3 septembre 1791, Titre VII *De la révision des décrets constitutionnels* in Stéphane Rials (éd.), *Textes constitutionnels français*, 22^e édition, PUF coll. *Que sais-je ?*, 2009, p. 13-14.

Doc. n°2 : Olivier Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *Les petites affiches*, 1993, n°39 et n°40.

II. Exercice :

Vous rédigerez une dissertation sur le sujet suivant : *Le pouvoir constituant peut-il être limité ?*

Document n°1: Constitution du 3 septembre 1791, Titre VII De la révision des décrets constitutionnels in Stéphane Rials (éd.), Textes constitutionnels français, 22^e édition, PUF coll. *Que sais-je ?*, 2009, p. 13-14.

TITRE VII. - De la révision des décrets constitutionnels

ARTICLE PREMIER. - L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution ; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de révision en la forme suivante :

ART. 2. - Lorsque trois législatures consécutives auront émis un vœu uniforme pour le changement de quelque article constitutionnel, il y aura lieu à la révision demandée.

ART. 3. - La prochaine législature et la suivante ne pourront proposer la réforme d'aucun article constitutionnel.

ART. 4. - Des trois législatures qui pourront par la suite proposer quelques changements, les deux premières ne s'occuperont de cet objet que dans les deux derniers mois de leur dernière session, et la troisième à la fin de sa première session annuelle, ou au commencement de la seconde. - Leurs délibérations sur cette matière seront soumises aux mêmes formes que les actes législatifs ; mais les décrets par lesquels elles auront émis leur vœu ne seront pas sujets à la sanction du roi.

ART. 5. La quatrième législature, augmentée de deux cent quarante-neuf membres élus en chaque département, par doublement du nombre ordinaire qu'il fournit pour sa population, formera l'Assemblée de révision. - Ces deux cent quarante-neuf membres seront élus après que la nomination des représentants au Corps législatif aura été terminée, et il en sera fait un procès-verbal séparé. - L'Assemblée de révision ne sera composée que d'une chambre.

ART. 6. - Les membres de la troisième législature qui aura demandé le changement, ne pourront être élus à l'Assemblée de révision.

ART. 8. - L'Assemblée de révision sera tenue de s'occuper ensuite, et sans délai, des objets qui auront été soumis à son examen : aussitôt que son travail sera terminé, les deux cent quarante-neuf membres nommés en augmentation, se retireront sans pouvoir prendre part, en aucun cas, aux actes législatifs. Les colonies et possessions françaises dans l'Asie, l'Afrique et l'Amérique, quoiqu'elles fassent partie de l'Empire français, ne sont pas comprises dans la présente Constitution.

Aucun des pouvoirs institués par la Constitution n'a le droit de la changer dans son ensemble ni dans ses parties, sauf les réformes qui pourront y être faites par la voie de la révision, conformément aux dispositions du titre VII ci-dessus.

L'Assemblée nationale constituante en remet le dépôt à la fidélité du Corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français.

Les décrets rendus par l'Assemblée nationale constituante, qui ne sont pas compris dans l'Acte de Constitution, seront exécutés comme lois ; et les lois antérieures auxquelles elle n'a pas

dérogé, seront également observées, tant que les uns ou les autres n'auront pas été révoqués ou modifiés par le Pouvoir législatif.

L'Assemblée nationale, ayant entendu la lecture de l'Acte constitutionnel ci-dessus, et après l'avoir approuvé, déclare que la Constitution est terminée, et qu'elle ne peut y rien changer. - Il sera nommé à l'instant une députation de soixante membres pour offrir, dans le jour, l'Acte constitutionnel au roi.

Document n°2 : Olivier Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », LPA, 1993, n°39 et n°40.

MAASTRICHT ET LA THEORIE CONSTITUTIONNELLE (1^{RE} PARTIE)

LA NÉCESSAIRE ET INÉVITABLE DISTINCTION ENTRE LE POUVOIR CONSTITUANT ET LE POUVOIR DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE (1)

Le récent débat constitutionnel sur la ratification du traité de Maastricht a essentiellement tourné autour de la notion du pouvoir constituant. D'une manière générale, et un peu schématique, la thèse dominante chez les juristes serait de prétendre que l'autorité décidant de la révision constitutionnelle peut tout faire, ce qui révélerait sa souveraineté.

Gorges Vedel résume le mieux cette opinion lorsque, avant même que le Conseil constitutionnel ne prenne ses trois décisions sur l'affaire de Maastricht, il écrivait : « *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 d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du gouvernement portée à l'art. 89, dernier al., serait tenue en échec par une révision du même dernier al.)* » (2). Une telle opinion, pour répandue qu'elle soit parmi d'éminents juristes, nous paraît pourtant très contestable. Pour la réfuter, nous nous aiderons de la théorie constitutionnelle afin d'abord de remettre en cause l'assimilation implicite qu'elle établit entre le pouvoir constituant initial, dit « originaire » et le pouvoir constituant dit « dérivé » et afin ensuite de décrire autrement le droit positif.

I. La leçon dégagée par la théorie constitutionnelle : la distinction entre l'acte constituant et l'acte de révision

Il n'a pas fallu attendre les décisions de plusieurs juridictions constitutionnelles euro-

péennes pour découvrir que la révision constitutionnelle était subordonnée et donc limitée par la constitution. En l'occurrence, la doctrine avait précédé le juge et militait depuis longtemps en faveur d'une limitation du pouvoir de révision qu'elle justifiait au nom d'une dogmatique constitutionnelle.

A. Critique de l'identification entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé

Depuis que Roger Bonnard a canonisé la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision sous la double appellation de pouvoir constituant originaire et de pouvoir constituant institué, cette distinction est devenue une sorte de lieu commun dans la doctrine constitutionnelle française, à cette variante près qu'on parle davantage de pouvoir constituant « dérivé » que de pouvoir constituant « institué » (3). Le premier désigne « un pouvoir existant en dehors de toute habilitation constitutionnelle » (4), et le second, un pouvoir qui existe « en vertu d'une constitution et qui a été établi pour venir, le cas échéant » (5). Le pouvoir constituant originaire désigne donc l'autorité (ou quelquefois la fonction, suivant une confusion fréquente en droit public français) ayant le pouvoir d'édicter une constitution, tandis que le pouvoir constituant « dérivé » dénomme l'autorité chargée de modifier ladite constitution ou de la réviser. Apparemment, la différen-

ce est profonde entre ces deux pouvoirs : le pouvoir constituant originaire est « inconditionné » tandis que le pouvoir constituant dérivé dépend de la Constitution qui « fixe elle-même les conditions, au moins les conditions de forme dans lesquelles ce pouvoir constituant est exercé (...) ». Dans ce cas, le pouvoir constituant de révision n'est plus inconditionné. C'est un pouvoir dérivé » (6). Ainsi, le pouvoir constituant originaire n'est régi par aucune constitution tandis que le pouvoir constituant dérivé est subordonné à la constitution en vigueur. Le premier serait donc un pouvoir inconditionné et absolu, le second un pouvoir constitutionnel c'est-à-dire habilité et donc limité. Le premier relèverait de la politique, le second du droit et de la norme constitutionnelle. Par sa référence à la légalité constitutionnelle, le pouvoir constituant dérivé ou institué serait auréolé du sceau de la conformité au droit tandis que le pouvoir constituant originaire évoque, au contraire, l'image sulfureuse d'un gouvernement de pur fait.

Cette distinction semble a priori tout à fait acceptable : elle décrit parfaitement le droit positif. Elle ne suffit pourtant pas, et de loin, à résoudre tous les problèmes. Le premier touche au caractère juridique du pouvoir constituant originaire qui divise les auteurs. Si Roger Bonnard soutenait « la juridicité de l'œuvre constitutionnelle du pouvoir constituant

(1) Le présent article est un court extrait de développements sur le pouvoir constituant qui forment la seconde partie de notre ouvrage, sur La puissance de l'Etat qui paraîtra bientôt aux PUF, coll. Léviathan. Nous remercions Stéphane Rials, directeur de la collection Léviathan, d'avoir accepté la pré-publication de ce texte et les Petites Affiches de l'avoir accueilli.

(2) « Schengen et Maastricht », R.F.D.A. 8, 1992, p. 179.

(3) Elle figure dans presque tous les manuels avec une seule variante : certains auteurs comme MM. Burdeau (Le statut du pouvoir dans l'Etat, in Traité de science politique, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., t. IV, 1984, p. 196 et s.), Chantebout (Droit constitutionnel et science politique, Paris, A. Colin, 1983, 5^e éd., p. 32 et 34) emploient l'expression de « pouvoir constituant institué » au lieu de « dérivé ».

(4) Les actes constitutionnels de 1940, Paris, L.G.D.J. 1942, p. 36.

(5) Ibid., p. 17.

(6) G. Vedel, Droit constitutionnel, Paris, Sirey 1949, 2^e tirage, 1984, p. 113.

(7) Op. cit., p. 8 et s.

(8) G. Vedel, op. cit., p. 113. Souligné par nous.

(9) Verfassungslehre (1928), trad. fr., Théorie de la constitution, PUF, coll. Léviathan, 1993.

(10) Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, Paris, Sirey 1920-1922, rééd. C.N.R.S., t. II, p. 613.

(11) Ibid., t. I, p. 227.

(12) Ibid., t. II, p. 551.

(13) Ibid., t. II, p. 545-546.

orginaire » (7), la plupart des juristes qui reprennent sa distinction lui dénie un tel caractère. Mais, le plus intéressant pour notre propos se situe dans le fait que la doctrine est infidèle à l'esprit de la distinction qu'elle pose. En effet, elle est inconsciente en admettant, d'un côté, la nature différente de ces deux pouvoirs (inconditionné et conditionné ou absolu et limité) et de l'autre, en persistant à les englober dans la même catégorie *constituante*. Or, on ne peut pas à la fois soutenir le caractère juridiquement *inconditionné* du pouvoir *constituant* originaire, celui juridiquement *habilité* du pouvoir *dérivé*, et les qualifier tous deux de pouvoir *constituant* comme s'ils étaient de nature identique. L'erreur de la doctrine — une faute de logique en fait — est donc de ranger ces deux pouvoirs dans un genre unique, d'adopter une différenciation *relative* (différence de degré) alors qu'elle devrait être *absolue*. L'opposition entre un pouvoir absolu et un pouvoir non absolu constitue une différence de *nature*, comme nous l'enseigne la notion de souveraineté. Pour éviter de tirer cette conclusion logique, la doctrine dominante soit ajoute au pouvoir de révision le correctif de « *dérivé* » soit dissimule l'opposition des deux pouvoirs en définissant le pouvoir *constituant* de manière syncrétique comme « *le pouvoir d'établir ou de modifier la Constitution* » (8). Le « *ou* » permet évidemment de combler le fossé qui sépare les deux notions. Mais ces artifices de langage n'éliminent pas le problème de la définition des notions qui reste entier.

Notre hypothèse consiste donc à dire que l'acte *constituant* et l'acte de *révision* sont, ainsi que les pouvoirs qui s'y rattachent, fondamentalement *distincts et opposés*. Il faut donc les dénommer de manière différente : l'acte qui édicte la constitution s'appellera ici *l'acte constituant* et l'acte qui révisé la constitution s'appellera ici *l'acte de révision*, de même que l'autorité qui prend le premier se nommera le « *pouvoir constituant* » tout court (à la place du « *pouvoir constituant originaire* ») et le second le *pouvoir de révision*, ou le *pouvoir de révision constitutionnel* (à la place du

pouvoir *constituant dérivé*). Cet usage sémantique n'est pas nouveau ; Georges Burdeau et Carl Friedrich, pour ne citer que deux juristes connus y ont recouru ; en outre, une grande partie de la doctrine constitutionnelle allemande, depuis la parution de la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt (9) distingue clairement le pouvoir et l'acte *constituant*, *Verfassungsgebung*, du pouvoir et de l'acte de *révision*, *Verfassungsänderung*. Cette différenciation sémantique vise à décrire le rapport *hiérarchique* existant entre le pouvoir *constituant* et les pouvoirs *constitués*. Cette hypothèse sera d'abord vérifiée en montrant que la doctrine constitutionnelle a elle-même découvert qu'il n'y avait pas de souveraineté du pouvoir de *révision* constitutionnelle.

B. L'absence de souveraineté du pouvoir de révision constitutionnelle

Au cours du XX^e siècle, la doctrine constitutionnelle a eu l'occasion de découvrir, petit à petit, la nature *constituée* de la *révision* constitutionnelle. Mais elle a dû pour cela se démarquer de l'opinion doctrinale conférant au pouvoir de *révision* une souveraineté absolue analogue à celle du pouvoir *constituant*. Elle a opposé à cette dernière idée la thèse de la *subordination* du pouvoir de *révision* à la constitution, qui été toutefois interprétée différemment suivant les courants doctrinaux.

Examinons la doctrine positiviste et dominante encore aujourd'hui de la subordination uniquement formelle de la *révision*. La négation de la souveraineté du pouvoir de *révision* par la doctrine classique française s'inscrit dans le cadre de sa lutte contre la souveraineté parlementaire. A l'époque, le Parlement cumule la fonction législative et celle de la *révision* constitutionnelle confiée à l'Assemblée nationale simple « *réunion plénière des membres ordinaires du Parlement* » (10). C'est particulièrement net chez Carré de Malberg auteur le plus représentatif de la doctrine positiviste. Il justifie le caractère non souverain (constitué) du pouvoir de *révision* en opposant la mauvaise *souveraineté parlementaire* à la bonne *souveraineté nationale*. Selon lui, l'Assemblée de *révision* est

régié par le principe de la souveraineté nationale ; elle s'oppose donc aux anciennes Constituantes omniprésentées « *à puissance illimitée* », dominées par le principe de la souveraineté populaire. Sa thèse hostile à la souveraineté du pouvoir de *révision* s'explique par le fait qu'il attribue une signification libérale au principe de souveraineté nationale. Ce principe vise à « *modérer la souveraineté* » (11), à limiter le pouvoir. Grâce à lui, et à sa prétendue signification *négative*, aucune autorité constituée, « *pas même l'organe constituant ne peut être souverain*. L'organe constituant peut bien apparaître comme l'organe suprême en tant qu'il exprime la volonté la plus haute dans l'Etat : il n'est cependant point souverain, car il n'a pas un pouvoir de volonté illimitée. La souveraineté de la nation exclut celle de l'organe » (12). Là où Jellinek invoquait la doctrine (allemande) de l'autolimitation, Carré de Malberg fait donc appel au principe de la souveraineté nationale (française) pour justifier la limitation de l'organe de *révision* constitutionnelle. « *Le principe de la souveraineté exclusive exige que la puissance des organes constitués soit déterminée et limitée par une règle supérieure qui définira les actes dans leur compétence, ou en tout cas, qui imposera à leur activité des bornes qu'ils ne pourront pas dépasser* » (13). Ainsi reformulée, la souveraineté nationale se ramène à l'idée-force du constitutionnalisme selon laquelle les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution, *norme suprême*, c'est-à-dire à l'affirmation de la supériorité de la Constitution sur les pouvoirs publics. Elle fonctionne donc comme un principe de limitation du pouvoir, et s'avère, après examen, une adaptation positiviste de la théorie de Sieyès sur la souveraineté nationale, la souveraineté du pouvoir *constituant* qui implique la non-souveraineté des pouvoirs *constitués*. Le prétendu organe *souverain* que serait le pouvoir de *révision* constitutionnelle est *subordonné*, comme les autres *pouvoirs publics ordinaires*, aux règles constitutionnelles de forme (compétence et procédure).

La subordination de l'organe de *révision* à la constitution, ne serait-ce que pour les règles

formelles, interdit donc de le qualifier de souverain car dès qu'une autorité exerce une *compétence*, c'est-à-dire dès qu'elle est un organe lié par le droit positif elle n'est plus souveraine (14). C'est exactement le même raisonnement qu'adopte Kelsen puisqu'il fait du pouvoir de révision « un cas, parmi les cas fondés sur le droit positif, de modification rigide d'une norme » (15). Il s'agit bien d'une compétence, prévue par le droit positif, par la norme constitutionnelle. Dans sa thèse très kelsénienne, Georges Burdeau reprochera justement à la doctrine traditionnelle de mesurer la question de la révision à l'aune de la souveraineté en donnant au pouvoir de révision les attributs d'un pouvoir originaire (16). Il voudra, lui aussi, relativiser la puissance de révision constitutionnelle en soutenant qu'un tel pouvoir doit être conçu comme une autorité *identique* aux autres autorités étatiques et donc comme soumis à l'ordre juridique étatique (17).

— Toutefois, le propre de cette doctrine positiviste est de considérer que la subordination du pouvoir de révision à la constitution ne signifie pas sa subordination au pouvoir constituant. Car elle ignore le pouvoir constituant originaire et ne veut connaître que du pouvoir de révision. Cette opinion légitime en soi, devient en revanche illégitime lorsqu'elle conduit à décerner au pouvoir de révision le nom de pouvoir constituant tout court. En effet, alors que cette théorie constitutionnelle nie le fait constituant, elle utilise le mot de *pouvoir constituant* pour désigner la révision constitutionnelle. C'est ainsi que Carré de Malberg qualifie l'organe chargé de cette révision, d'organe *constituant* et que Kelsen, considère que le pouvoir de révision constitutionnelle est chargé d'une fonction de « *législation constitutionnelle* » (*Verfassungsgesetzgebung*) ou d'un « *pouvoir constituant* » au sens d'une fonction distincte de la fonction de législation ordinaire (18). Le savant autrichien parle également de la « *fonction constituante* » pour désigner l'activité du pouvoir de révision. Comme Carré de Malberg il qualifie par exemple l'Assemblée nationale Constituante d'assemblée de révision alors qu'elle est une

« *Convention* » au sens vraiment constituant du terme. Ainsi, d'un côté, la doctrine positiviste modifie la théorie constitutionnelle de Sieyès en remplaçant la notion jusnaturaliste de la nation par celle de nation-Etat conçue comme personne juridique (Carré de Malberg) ou par celle de norme fondamentale (Kelsen), et l'autre, elle la subvertit littéralement, en substituant au pouvoir constituant originaire l'organe constituant qui est un pouvoir de révision constitutionnel. Ce déplacement subreptice est certes conforme aux présupposés de l'École positiviste, mais il a un coût élevé : non seulement le pouvoir constituant disparaît de l'horizon juridique, mais encore, le pouvoir de révision se présente sous les traits d'un pouvoir souverain, « *constituant* », alors qu'il ne l'est pas puisqu'il est juridiquement (formellement) limité.

— Il existe cependant un autre courant de la doctrine qui critique la souveraineté de l'organe de révision, mais en invoquant cette fois la *souveraineté du pouvoir constituant*. Son représentant le plus marquant est Carl Schmitt, dont la *Théorie de la Constitution* opère une spectaculaire réhabilitation du pouvoir constituant (19). Interprétant à sa façon les idées de Sieyès, et probablement celles d'Hauriou (20), le juriste allemand définit le pouvoir constituant comme « *la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit de déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble* » (21). De cette souveraineté constituante résulte la subordination (la non-souveraineté) des autres actes pris sur son fondement et notamment de l'acte de révision que Carl Schmitt appelle « *loi constitutionnelle* ». Il s'agit donc d'une requalification juridique de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués. Le principe originalité de ce système est désormais d'inclure dans les pouvoirs constitués le pouvoir de révision.

Autrement dit, comme ses adversaires positivistes, Carl Schmitt qualifie la révision de

« *compétence* » de révision *constitutionnelle* (22). Mais il s'en sépare en refusant d'en déduire l'illimitation matérielle du pouvoir de révision. « *C'est un pouvoir extraordinaire. Il n'est pas pour autant quasi illimité ; il reste un pouvoir attribué par des lois constitutionnelles ; il est limité, comme tout pouvoir octroyé par ces lois, et dans ce sens, c'est une vraie compétence* » (...) Même une *compétence de la compétence* ne peut pas être illimitée si cette expression doit garder un sens et ne pas dissoudre complètement la notion de *compétence* » (23). Par conséquent, même la plus haute des compétences n'est, en tout état de cause qu'un acte de magistrature, un acte qui n'est pas un acte de souveraineté. L'acte de révision deviendrait un acte de souveraineté s'il cessait d'être habilité par un autre acte, c'est-à-dire si de compétence, il se transformait en *prérogative*, c'est-à-dire en acte constituant. Or, cela est contraire à la nature même du pouvoir de révision qui est uniquement un pouvoir constitué, ou si l'on veut un *magistrat constitutionnel*.

Dans la doctrine constitutionnelle française postérieure à Hauriou, seul Georges Burdeau a insisté sur l'impossibilité logique d'attribuer la souveraineté absolue au pouvoir de révision. Après l'avoir fondée, dans sa thèse, sur la suprématie de la constitution, il la justifie, dans le *Traité de science politique* (qui marque le tournant institutionnaliste de sa pensée), par la suprématie du pouvoir constituant. Il y écrit notamment : « *le pouvoir de révision ne peut (...) empiéter sur ce qui appartient par nature au pouvoir constituant originaire, Ce pouvoir subsiste avec toutes ses compétences originelles, comme un pouvoir instituant que jamais ne conditionne une institutionnalisation de droit positif ; il subsiste dans l'ordre de la suprématie au-dessus du pouvoir de révision qui est un pouvoir institué, il n'est pas concevable que le pouvoir de révision s'attribue, sans doute, mais même se voit attribuer la plénitude du pouvoir constituant originaire, ce serait une contradiction in adjecto* » (24). Ces rapports hiérarchiques entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués se justifient par les fonctions politiques de

chacun des deux pouvoirs : si « *les organes constitués sont établis par le souverain pour exercer le Pouvoir politique dans l'Etat une fois que celui-ci est organisé, (le) pouvoir constituant a pour tâche de déterminer quel pouvoir sera légitime (régime politique) et de fixer les modalités de sa mise en œuvre (statut des gouvernants)* » (25).

Georges Burdeau a donc perçu lui aussi, la dialectique inévitable des rapports entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Il en conclut logiquement que le pouvoir de révision relevant des pouvoirs constitués doit être limité, à la fois formellement et matériellement (26). Il est également très instructif que l'un des principaux représentants de la pensée constitutionnaliste, Carl Friedrich, se soit associé à ce mouvement de séparation radicale du pouvoir constituant et du pouvoir de révision. Il écrit ainsi dans son *Traité de droit constitutionnel* : « *si subtiles que puissent être les dispositions prévoyant la révision de la constitution, on ne doit jamais d'un point de vue politique, considérer qu'elles ont pris la place du pouvoir constituant (...). Le pouvoir de révision se révèle suffisant pour permettre les changements. Le groupe constituant potentiel œuvre par l'entremise du pouvoir de révision. Mais il ne faut pas en conclure que celui-ci est identique à celui-là. En effet, par groupe constituant, on doit entendre, au sens exact du terme, cette part de la communauté qui est capable d'exercer le pouvoir résiduaire de facto de changer ou de remplacer un ordre établi par une nouvelle Constitution* » (27).

Ainsi, contre le courant positiviste se mêlent des juristes de tendance aussi différente que Carl Schmitt ou Carl Friedrich pour soutenir la thèse de la nature constituée de l'acte de révision. Cette thèse est précisément défendue au nom de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitués, c'est-à-dire au nom de la souveraineté du pouvoir constituant (ou du « *groupe constituant* »). Il est néanmoins très révélateur que les deux courants de pensée « *kelsénien* » et « *schmittien* » aussi opposés, soient-ils, partagent l'idée que le pouvoir de révision est subordonné à la constitution et

qu'il n'exerce qu'une compétence au sens juridique et précis du terme. Leur véritable divergence porte sur la question du type de limitation de ce pouvoir de révision. Le courant positiviste n'admet comme valide que la limitation formelle de la révision et par conséquent reconnaît la légalité d'une suppression formellement régulière de la constitution par la révision, tandis que le second courant, plus conséquent selon nous, étend la limitation formelle de la révision à sa limitation matérielle et refuse par conséquent de reconnaître la légalité d'une révision matériellement inconstitutionnelle.

II. La jurisprudence emboîte le pas à la doctrine : l'acte de révision comme acte juridiquement contestable

Il s'agit ici de montrer que, dans sa seconde décision « Maastricht » le Conseil constitutionnel a entériné la doctrine de la limitation matérielle de la révision. Sans forcément s'en rendre compte, il a confirmé la validité de la distinction radicale entre pouvoir constituant et pouvoir de révision. Celle-ci se manifeste d'abord par des qualités juridiques que la doctrine a su dégager avant que le juge constitutionnel ne les applique.

A. L'acte de révision comme acte contestable

D'après les développements de la première partie de cet ouvrage (28), l'acte de souveraineté se caractérise par deux traits principaux : il est à la fois inabrogeable et incontestable. Il est *inabrogeable*, ce qui signifie qu'il ne peut être abrogé que par lui-même et par nul autre acte. Comme l'acte de souveraineté est, dans l'Etat constitutionnel, l'acte constituant, celui-ci ne peut être abrogé que par un autre acte constituant et certainement pas un acte de révision (29). Il est aussi un acte *incontestable* au sens où l'on ne peut pas en appeler de sa valeur juridique. Les différents courants doctrinaux s'accordent pour reconnaître qu'on ne peut pas critiquer la valeur juridique d'une Constitution. La forme de gouvernement établie par l'acte constituant est bien « définitive », mais pas au sens

où elle serait éternelle, mais bien au sens juridique du terme, qui ne prête plus à contestation possible. Pour reprendre la comparaison avec le contentieux administratif, c'est un « acte purement discrétionnaire », mais au lieu de posséder la connotation péjorative de ce terme, lié à l'arbitraire de l'exécutif (*acte de gouvernement*), l'acte constituant est discrétionnaire pour la bonne cause : pour mettre hors de question la contestation de la Constitution, fondement du régime politique. Par conséquent, aucune voie de recours ne sera possible contre la Constitution elle-même. Il n'y a pas de contrôle de la Constitution, que ce soit a priori ou a posteriori. L'acte constituant a pour caractéristique d'être un acte de dernier ressort. C'est donc une décision *sans appel*. Aucune autorité ni politique, ni autorité juridictionnelle ne pourrait vérifier la conformité de l'acte constituant à une quelconque norme supérieure. A cet égard, il est clair que l'acte constituant est, comme la loi de Bodin, l'acte qui clôt la hiérarchie des normes.

En revanche, par opposition à l'acte constituant qui est incontestable (absolu), l'acte de révision est juridiquement contestable au sens où l'on peut appeler de sa validité juridique. Et, on peut le contester parce que la révision constitutionnelle ne doit pas abroger la constitution mais plutôt la respecter. Cette assertion va à l'encontre de l'opinion de la doctrine dominante qui l'oppose à la loi ordinaire en ce qu'il échapperait au contrôle du juge en raison de sa nature constitutionnelle. La dogmatique constitutionnelle ici esquissée conduit à soutenir au contraire que subordonné en raison de sa nature constituée, l'acte de révision peut faire l'objet d'un contrôle par une autorité tierce. Ce contrôle va permettre de sanctionner une éventuelle violation de l'acte constituant par l'acte de révision. *Son caractère contestable est donc le corollaire logique de sa valeur infra-constituante.*

Si l'on résume alors notre thèse, on dira alors : l'acte constituant, et lui seul, est l'acte de souveraineté. En d'autres termes, nous souscrivons au diagnostic de Georges Vedel sur la nécessité de prin-

cipe d'un pouvoir souverain : « il faut bien qu'il existe au-delà de ce réseau de compétences distribuées, un lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. Ce lieu est celui du pouvoir constituant » (30) ; mais nous modifions le point d'application de ce théorème. Contrairement à son analyse, nous imputons ce caractère souverain non pas à la loi constitutionnelle (à l'acte de révision), mais au seul acte constituant pris par le seul pouvoir constituant originaire.

(à suivre)

Olivier BEAUD

Professeur de droit public à la faculté de droit de l'Université de Lille II
Directeur de la revue Droits

(14) Contribution, T. II, p. 190.I.

(15) *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, De Gruyter, 1925, p. 253. V. aussi *Théorie pure du droit*, trad. fr. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2^e éd., p. 301-302.

(16) G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles*, thèse droit, Paris, 1930, p. 77.

(17) *Ibid.*, p. 90 et s.

(18) *Allgemeine Staatslehre*, p. 253 (pouvoir constituant en français dans le texte). V. aussi, plus tard, *Théorie pure du droit*, p. 302.

(19) *Auquel il consacre un chapitre entier, de sa Théorie de la constitution (chapitre 8, p. 211 et s.)*.

(20) V. pour ce dernier son *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{re} éd., p. 276 et s. et 2^e éd., Sirey, 1929, p. 246 et s.

(21) *Théorie de la constitution*, p. 21-212 (*Verfassungslehre*, p. 75).

(22) *Théorie de la constitution*, p. 240 (*Verfassungslehre*, p. 102).

(23) *Ibid.*

(24) *Traité de science politique*, T. III, L.G.D.J. 1950, p. 209.

(25) *Traité de science politique*, T. IV, p. 194.

(26) *Le traitement de la question de la limitation matérielle de la révision constitutionnelle fait l'objet du chapitre suivant du livre et ne peut ici être développé.*

(27) C. Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, trad. fr. PUF 1956, p. 113-114.

(28) *Consacrée à la théorie de la souveraineté chez Jean Bodin.*

(29) *On se contente ici d'asséner la thèse sans la démontrer. Cette démonstration est effectuée plus longuement dans l'ouvrage. Elle pose des problèmes importants surtout pour l'acte de révision populaire qui est examiné en détail dans le dernier chapitre de l'ouvrage.*

(30) « Schengen et Maastricht », p. 179.

MAASTRICHT ET LA THEORIE CONSTITUTIONNELLE

(SUITE ET FIN) (*)

LA NÉCESSAIRE ET INÉVITABLE DISTINCTION ENTRE LE POUVOIR CONSTITUANT ET LE POUVOIR DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE (1)

B. Le contrôle de constitutionnalité de l'acte de révision vu à travers l'exemple du contrôle juridictionnel

La distinction doctrinale entre l'acte constituant et l'acte de révision est une construction de dogmatique constitutionnelle. Elle a montré que la loi constitutionnelle de révision (l'acte de révision) est juridiquement *contestable* parce qu'elle n'émane pas d'un pouvoir souverain. L'étude du droit positif confirme cette thèse en révélant l'existence d'un nombre croissant de dispositions constitutionnelles contenant des prohibitions matérielles de révisions et aussi celle d'un contrôle de constitutionnalité de l'acte de révision qui garantit la juridicité de ces dispositions. On sait en effet qu'en droit, la suprématie de la constitution par rapport à la loi de révision n'a de sens que si elle s'est garantie par le *contrôle de constitutionnalité*, moyen juridique de garantir la supériorité d'une norme sur une autre.

Ainsi, de la même manière qu'une loi ordinaire peut être éventuellement invalidée ou annulée, si elle n'est pas conforme à la Constitution, un acte de révision constitutionnel peut être aussi invalidé ou annulé pour non conformité à la Constitution. *Le contrôle de constitutionnalité de l'acte de révision est le corollaire logique de la thèse de la limitation de l'acte de révision.* De même que le développement d'un contrôle juridique des lois a pu mettre fin à l'omnipotence parlementaire, de même l'extension du contrôle de constitutionnalité à l'acte de révision s'impose pour lutter contre la potentielle souveraineté du pouvoir de révision qui menace la souveraineté constituante.

Toutefois, pour faire droit à l'idée d'une limitation *matérielle* de la révision, il faut aller jusqu'à soutenir la thèse suivante : le contrôle de constitutionnalité des lois de révision doit porter sur les conditions non seulement de forme, mais aussi de fond de la révision. Telle est la *condition nécessaire de la subordination de l'autorité de révision au pouvoir constituant, seul souverain*. Cela est d'ailleurs conforme à la tradition de l'Etat de droit qui considère que l'extension du contrôle d'un acte, dans le sens de la forme vers le fond, est un *progrès* juridique dans la mesure où il renforce la stabilité des situations ou, si l'on veut, garantit la hiérarchie des normes. Par conséquent, alors que la doctrine formelle s'intéresse exclusivement à la légalité externe, ou plus exactement à la *constitutionnalité externe*, il faut avec la doctrine matérielle privilégier l'examen de la légalité interne, de la *constitutionnalité interne*.

Pour illustrer cette idée, on étudiera une seule des modalités du contrôle de constitutionnalité de l'acte de la révision : celle du contrôle du juge. Il ne faut pas néanmoins oublier que le gardien de la constitution peut aussi être une autorité politique qui pourrait, le cas échéant, s'opposer à des actes de révision matériellement inconstitutionnels. La première forme de garantie procédurale de la limitation de la révision constitutionnelle emprunte la voie d'un contrôle de la *recevabilité de l'initiative* de révision. En d'autres termes, une initiative pourra être déclarée *irrecevable* dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions tant de forme que fond posées par la constitution à l'égard des propositions ou projets de révi-

(*) Voir 1^{re} partie parue dans Les Petites Affiches, n° 39 du 31 mars 1993.

(1) Le présent article est un court extrait de développements sur le pouvoir constituant qui forment la seconde partie de notre ouvrage, sur La puissance de l'Etat qui paraîtra bientôt aux PUF, coll. Léviathan. Nous remercions Stéphane Rials, directeur de la collection Léviathan, d'avoir accepté la pré-publication de ce texte et les Petites Affiches de l'avoir accueilli.

droit constitutionnel

sion. En République fédérale d'Allemagne, certaines constitutions de collectivités fédérées contiennent des textes susceptibles de fonder une censure constitutionnelle pour motif d'atteinte aux principes de la Constitution (constitutionnalité interne). Ainsi, celle du Land de Rhénanie-Palatinat prévoit, à titre de sanction, l'irrecevabilité des propositions ou projets de révision attentatoires au caractère démocratique et libéral-social de cet Etat (31).

— Néanmoins, le contrôle le plus intéressant est le second contrôle qui porte sur les lois constitutionnelles déjà adoptées, ou même une fois promulguées (suivant les systèmes juridiques en cause), c'est-à-dire des lois qui ont passé le cap de la discussion et du vote. Ici, le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles est analogue à celui des lois ordinaires. De ce point de vue, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande peut faire figure ici de modèle pour ce qui concerne la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité matérielle des actes de révision. Le juge a dû interpréter l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale qui a institutionnalisé la doctrine de la limitation matérielle de la révision et qui dispose : « Toute révision de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Lander, au principe de la répartition des Lander à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1^{er} et 20 est interdite. » En effet, la Cour de Karlsruhe peut être saisie par un Land ou par un tiers des membres de la chambre de députés qui ont chacun, la faculté de déclencher un contrôle à posteriori et absolu contre toutes les catégories de loi (32), y compris donc les lois constitutionnelles de révision. Elle a accepté par exemple de contrôler la loi constitutionnelle du 13 août 1968, autorisant des restrictions au principe du secret de la correspondance et des télécommunications, autorisant donc les écoutes administratives pour des raisons de sécurité. Avant de confronter la disposition litigieuse avec l'article 79, alinéa 3, elle a donc dû l'interpréter. Son interprétation est très restrictive car elle estime que l'article 79 a pour objet d'empêcher l'abolition de la démocratie par un régime totalitaire usant de la

voie légale de la révision (33). Autrement dit, les principes énoncés aux articles 1 et 20 visés par l'article 79, qui déterminent le champ d'application des dispositions « non révisibles » ou intangibles, sont les seuls principes explicitement mentionnés par les dispositions constitutionnelles. Dès lors, le principe de l'Etat de droit n'étant pas expressément indiqué dans l'un de ces deux articles, n'est donc pas protégé contre une révision. Avec lui sont donc exclus de cette protection spéciale tous les notions qui en découlent comme notamment la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Ainsi, le recours au juge en matières d'écoutes téléphoniques n'est pas protégé par l'article 79, alinéa 3. En d'autres termes, le pouvoir de révision peut constitutionnellement porter atteinte à un des libertés prévues à l'article 20 qui n'est pas interprété comme rendant intangible le principe de l'Etat de droit. L'intérêt de cette décision est double : d'un côté, elle se fonde sur l'esprit de limitation de la révision constitutionnelle, qui est d'instituer une garantie de la constitution ou une « protection de la constitution » au même titre que les mesures sur l'état de siège ou l'état d'urgence. De l'autre, elle est très timide dans cette protection en admettant qu'on peut battre aussi facilement en brèche, l'un des principes jugés intangibles par le constituant. On comprend pourquoi une opinion dissidente virulente a contesté l'opinion majoritaire de la Cour (34).

Depuis cette décision de principe, il semble que le juge allemand ait assoupli sa position et donc étendu son contrôle de la révision d'un point de vue matériel, comme le prouve sa décision relative au contentieux de l'indemnisation des personnes expropriées par l'ex-R.D.A. Ce contentieux est né du fait que ces anciens propriétaires spoliés par ces nationalisations sans indemnisation (des confiscations en droit) ont réclamé leur réintégration dans leurs biens. Cédant aux revendications des dirigeants de l'ex-R.D.A. et surtout de l'U.R.S.S., les gouvernants allemands ont souscrit à l'article 41 du traité d'Union qui déclare juridiquement incontestables les anciennes confiscations (35). Selon le

premier alinéa de cet article, « la déclaration commune du 15 juin 1990 du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et du gouvernement de la République démocratique d'Allemagne, sur le règlement des questions patrimoniales pendantes... fait partie intégrante du présent traité ». Mais surtout, l'article 1 du même traité stipule : « il n'est plus question d'annuler les expropriations qui se sont déroulées sur la base du droit et de la souveraineté de l'occupant (de 1945 à 1949). Les gouvernements de l'Union soviétique et la République démocratique d'Allemagne, ne voient aucune possibilité de revenir sur les mesures prises à l'époque. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne en prend acte eu égard à l'évolution historique. Il est d'avis qu'il faut réserver à un futur Parlement de toute l'Allemagne, la décision finale relative à d'éventuelles compensations de la part de l'Etat ». En d'autres termes, le traité tranchait brutalement la question juridique pendant devant lui en déclarant que les biens confisqués par le régime communiste entre 1945 et 1949 ne seraient pas restitués à leurs anciens propriétaires.

Ces clauses litigieuses du traité d'Etat ont été insérées dans la Loi fondamentale à la suite d'une procédure normale de révision. L'article 41 du traité d'Etat est devenu l'article 143 nouveau de cette Loi. Mais en même temps, le « législateur constitutionnel » (pouvoir de révision) a voulu se préserver d'une éventuelle remise en question de la décision de non-restitution en édictant l'alinéa 3 suivant lequel « l'article 41 du traité d'Union, et les règles prises pour sa mise en œuvre sont également applicables, même lorsqu'ils prévoient que des atteintes à la propriété sur le territoire mentionné à l'article 3 dudit traité (c'est-à-dire le territoire de l'ex-R.D.A.) ont un caractère définitif ». Le « législateur constitutionnel » aurait, en outre, verrouillé la position de l'Etat en ajoutant un autre article (45a) dans lequel il se dégageait de toute obligation de rembourser les dettes de l'ex-R.D.A. ouvrant ainsi une exception à l'obligation de protection de la propriété mentionnée à l'article 14 de la Loi fondamentale.

Aussi simplifiée que soit la présentation de cet épisode complexe, on voit bien que le conflit en cause oppose les droits de l'individu — en l'occurrence, le droit de propriété — à la prérogative de l'Etat de déclarer pour des raisons politiques que l'on ne peut pas réintégrer les anciens propriétaires spoliés dans leurs biens. A la suite de recours de propriétaires expropriés, la Cour de Karlsruhe a dû examiner la constitutionnalité du nouvel article 143 issu de la révision constitutionnelle (36). Elle juge d'abord la constitutionnalité formelle de la loi en vérifiant si la loi de révision a été votée selon la procédure correcte et si l'abrogation des dispositions constitutionnelles antérieures par cette nouvelle loi constitutionnelle de révision est bien expresse et non pas seulement tacite (condition de l'art. 79, al. 1). Il étudie ensuite la constitutionnalité matérielle en confrontant la loi de révision aux conditions de fond posées par l'article 79, alinéa 3. Le fait de ne pas restituer la propriété aux victimes expropriées ne viole-t-il pas le principe intangible — « irrévisable » — du droit de propriété ? Le juge n'a pas eu de mal à montrer à l'aide justement du principe de la souveraineté (ici dénommé « principe de territorialité ») que du point de vue juridique, la Loi fondamentale ne protège pas les propriétaires allemands contre des mesures de nationalisation imputables à des autorités étrangères. Autrement dit, il a estimé que le, nationalisations étaient juridiquement imputables non pas à l'ex-RDA mais aux autorités soviétiques qui occupaient alors le territoire. Puisque la Loi fondamentale ne peut protéger les citoyens que contre des décisions prises par la puissance publique allemande, elle ne peut pas les protéger contre des nationalisations « étrangères ». En droit interne, le seule acte contestable reste celui décidant de ne pas indemniser les propriétaires spoliés.

Le problème se déplace et devient le suivant : l'auteur de l'acte de révision pouvait-il discrétionnairement régler cette question de l'indemnisation malgré l'article 79, alinéa 3 garantissant le respect absolu du droit de propriété ? Le juge adopte à ce propos une interprétation plus extensive de l'article 79, alinéa 3. D'après lui, « le législateur constitu-

tionnel de même que le pouvoir constituant, doit ne pas négliger les postulats fondamentaux de la justice parmi lesquels appartiennent le principe d'égalité et la prohibition de l'arbitraire. De même, les principes essentiels que sont l'Etat de droit et l'Etat social, exprimés par les articles 20 alinéas 1 et 3, sont à respecter. Surtout, l'article 79, alinéa 3 exige seulement que les principes ici nommés ne soient pas affectés. Cela n'empêche pas en revanche le législateur constitutionnel de modifier, pour des motifs justifiés, la détermination de droit positif de ces principes ». Il inclut ainsi dans son contrôle non seulement les articles (art. 1 et 20) visés expressément par l'article 79, alinéa 3, mais aussi les principes de l'Etat de droit et d'égalité qui ne sont pourtant pas expressément visés par ces articles. Ainsi, à la différence de sa décision de 1970, il inclut dans les principes intangibles des principes « analytiquement » inclus dans l'idée de démocratie libérale, quoique non expressément mentionnés par le texte. Selon le juge, le principe de dédommagement est un principe qui relève des principes de l'Etat de droit et de l'Etat social. Mais le dédommagement peut prendre une autre forme juridique que la restitution en nature ; l'indemnisation des victimes est compatible avec le principe d'égalité que doit respecter le législateur constitutionnel. Le juge constitutionnel se contente alors de fournir des directives constitutionnelles susceptibles d'encadrer le pouvoir discrétionnaire.

Comme on le voit, d'une interprétation restrictive du champ d'application de l'article 79, alinéa 3, le juge est passé à une interprétation extensive. Il a donc considérablement restreint les droits du législateur constitutionnel, de l'auteur de l'acte de révision. Cette extension du contrôle matériel de l'acte de révision est conforme à la logique du contrôle de constitutionnalité et aux possibilités qu'offre le raisonnement par analogie.

— Un tel contrôle pourrait-il s'exercer en l'état actuel du droit positif français qui ne prévoit un contrôle que la loi votée, mais pas encore promulguée ? Jusqu'à très récemment, l'affirmer aurait été une construction de *lege ferenda*.

La seconde décision du Conseil constitutionnel relative au traité de Maastricht (37) a, selon nous, radicalement changé les données du problème. Après la modification de la constitution de la constitution opérée pour y inclure les dispositions du traité jugées auparavant inconstitutionnelles (38), le juge a été saisi par des parlementaires en vertu du nouvel article 54 de la question de savoir si le traité de Maastricht contenait une clause contraire à la Constitution. Bien qu'il n'ait pas été saisi directement de son inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel a, pour la première fois, examiné indirectement la constitutionnalité de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 révisant la Constitution de la V^e République. Plus exactement, il a effectué un tournant important en s'estimant compétent pour contrôler même sur le fond cette révision constitutionnelle, admettant donc implicitement, mais nécessairement, la validité d'une limitation matérielle de la révision dont il assurerait la sanction. Certes, il concède au pouvoir constituant — en fait le pouvoir de révision — « un pouvoir d'appréciation » discrétionnaire de sorte qu'on pourrait facilement en déduire la souveraineté de ce pouvoir. Mais dans le considérant de principe où il énonce cette souveraineté, il évoque des limites au pouvoir de révision : « considérant que, sous réserve d'une part, des limitations touchant aux périodes en cours, desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie qui résultent des articles 7, 16 et 8. 9, alinéa 4, du texte constitutionnel, et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa 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 ».

Contrairement à ce que prétendent la plupart des commentateurs de cette décision capitale pour notre sujet, l'important dans ce considérant de principe ne réside pas dans l'affirmation d'une prétendue « souveraineté » du pouvoir de révision et de son corollaire, la liberté d'abrogation constituante. Non ! l'essentiel réside bien au

contraire dans l'exception que le juge admet à ce principe de la liberté du pouvoir de révision. En effet, cette liberté d'abrogation que le juge accorde au pouvoir de révision vaut uniquement pour les « lois constitutionnelles », et ne vise certainement pas l'acte constituant. L'analyse dogmatique, montre que les lois constitutionnelles les dispositions « légiconstitutionnelles » dont parle Carl Schmitt sont toujours abrogeables par le législateur constitutionnel, par le pouvoir de révision. Mais le véritable problème de souveraineté n'apparaît que lorsque se pose la question de savoir si le pouvoir de révision peut défaire l'œuvre du pouvoir constituant, si l'acte de révision peut abroger l'acte constituant. Or, à cette question-clé, le Conseil constitutionnel répond par la négative. En ouvrant des exceptions à cette prétendue souveraineté du législateur constitutionnel (« ... sous réserve de... »), en lui fixant donc des conditions et des limites, y compris et surtout des limites matérielles (la fameuse garantie de la « forme républicaine du gouvernement de l'art. 89) le juge admet nécessairement que l'acte de révision doit respecter, c'est-à-dire ne pas violer ni abroger ces dispositions essentielles ou fondamentales de la constitution de la V^e République. Autrement dit, il reconnaît et garantit une hiérarchie matériellement juridique entre l'acte constituant et l'acte de révision, entre la Constitution et la loi constitutionnelle).

Tout aussi logiquement, on doit dire que le juge constitutionnel se contredit dans la formulation de sa décision. En effet, en imposant des limites matérielles au pouvoir de révision, il dénie par là même la souveraineté qu'il voudrait lui reconnaître, car l'on sait qu'une souveraineté limitée (ou non absolue) ou hétérolimitée n'est plus une souveraineté. Le vocabulaire utilisé par le juge est donc trompeur la loi constitutionnelle de révision n'exprime ni un « pouvoir constituant » ni un pouvoir « souverain », mais bien plutôt un pouvoir constitué, c'est-à-dire un pouvoir non souverain : le pouvoir de révision. Bref cette souveraineté dont parle le Conseil est une pseudo-souveraineté. C'est pour cette raison d'ailleurs que dans cette décision, il a pu se

(31) L'art. 129, al. 2 dispose : « Une loi de révision constitutionnelle ne naît que si l'assemblée du Land, à la majorité des deux tiers du nombre légal de membres, ou si le peuple par la voie d'une votation, à la majorité des votants, l'a adoptée. Cependant sont irrecevables (unzulässig) les lois de révision constitutionnelle qui violent les principes fondamentaux (Grundsätze) posés dans le Préambule, l'art. 1 et l'art. 74 ».

(32) J.-C. Béguin, Le contrôle de constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne, Paris, Economica 1982, p. 137.

(33) « L'encadrement de l'obligation à laquelle est tenue le législateur de révision constitutionnelle, liée à la formulation de l'art. 79, al. 3, doit d'autant plus être pris au sérieux qu'il s'agit d'une disposition d'exception, mais elle ne doit pas conduire à ce que le législateur constitutionnel ne puisse pas modifier, de manière immanente à la constitution, des principes constitutionnels élémentaires ». Décision du 15.12.1970, BVerfGE, 30.1. V. L. Favoreur, Les cours constitutionnelles, PUF 1986, p. 60.

(34) Pour l'exposé de cette opinion, V. M. Fromont, « Le tribunal constitutionnel allemand », R.D.P. 1970, p. 1423.

(35) Nous suivons ici, P. Collas, « Réunification, Constitution et propriété en Allemagne », R.F.D.C. 8. 1991, p. 633 et s. V. en allemand, H.J. Papier, « Verfassungsrechtlichen Problem der Eigentumsregelung im Einigungsvertrag », NJW 1991, p. 193 et s.

(36) Décision du 23.04.1991, BVerfGE 84, p. 90 et s. Nous remercions O. Jouanjan de nous avoir communiqué cette décision et ses remarques sur celle-ci.

(37) Décision n° 92-312, D.C. du 2.09.1992, I.O., 3.09.1992, p. 12096.

(38) Loi constitutionnelle, n° 92-554 du 25 juin 1992 « ajoutant à la Constitution un titre « Des communautés européennes et de l'Union européenne » (nouveau titre XVI de la Constitution).

frayer le chemin vers le contrôle de constitutionnalité matérielle d'une loi de révision. La portée de cette décision est d'autant plus grande qu'au moment où il l'a rendu, la ratification du traité de Maastricht (et non pas de la loi constitutionnelle, il est vrai) était suspendue à une décision populaire par référendum. Or, malgré ce contexte démocratique qui aurait pu l'inciter à adopter une réserve équivalente à celle manifeste en 1962 au nom de la « souveraineté démocratique du peuple », le juge n'a pas hésité à entreprendre un contrôle indirect de cette loi de révision constitutionnelle sans faire nulle part mention de l'intervention du peuple.

N'est-il pas possible d'aller au-delà de cette contestation indirecte de la constitutionnalité matérielle d'une révision constitutionnelle et soutenir la recevabilité d'un recours *direct* contre la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle de révision ? Rien n'empêcherait, selon nous, de franchir ce pas. Le Conseil constitutionnel exercerait un contrôle équivalent à celui qu'il exerce déjà en matière de lois ordinaires. L'article 61, alinéa 2 ne l'interdit pas puisqu'il attribue au juge la compétence de contrôler la constitutionnalité des « lois ». Or, si le juge considérait que la loi de révision a une valeur *constitutionnelle* (ou *légiconstitutionnelle*) et non pas une valeur « *constituante* » il pourrait s'estimer compétent. Une révision constitutionnelle ne serait peut-être même pas nécessaire tant il apparaît qu'une interprétation raisonnable du juge suffirait. Après tout, le même juge qui a conféré une valeur constitutionnelle au Préambule de 1958 — et donc au Préambule de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme — ferait un pas bien moins grand en admettant sa compétence pour contrôler un acte de révision non populaire (39).

Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des révisions constitutionnelles est donc appelé à se développer. La pré-diction faite par Maurice Hauriou, dès 1923, devrait, tôt ou tard, se réaliser car elle était inscrite dans la nature du système constitutionnel moderne.

Olivier BEAUD

Professeur de droit public à la faculté de droit de l'Université de Lille II
Directeur de la revue *Droits*

(39) V. le dernier chapitre de l'ouvrage pour l'étude des techniques spécifiques de contrôle d'une loi constitutionnelle de révision référendaire.