

Le contrôle des lois constitutionnelles - Introduction à une problématique moderne

Claude KLEIN - Professeur à la faculté de droit de l'Université hébraïque de Jérusalem

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 27 (DOSSIER : CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS CONSTITUTIONNELLES) - JANVIER 2010

La question du contrôle des lois constitutionnelles revêt une actualité croissante. On peut avancer qu'elle constitue l'une des questions les plus contemporaines de la théorie constitutionnelle actuelle. En bref, on peut la qualifier de problématique moderne. Question complexe s'il en est, dans la mesure où elle s'appuie sur une série de débats dont chacun présente ses caractéristiques propres et dont aucun ne peut être tranché de manière claire. On veut dire par là que l'exercice d'un contrôle (juridictionnel) de constitutionnalité sur des révisions constitutionnelles présuppose l'existence d'une nouvelle normativité constitutionnelle différente de celle qui a longtemps prédominé. Dans l'analyse traditionnelle, l'échelle de normativité pouvait être définie comme binaire : aux règles constitutionnelles (d'un seul type), s'opposaient les seules règles législatives. Certes, çà et là des protections particulières étaient apparues, mais celles-ci étaient relativement limitées⁽¹⁾. Plus tard, en particulier suivant l'exemple français de 1884, on vit apparaître des clauses dites intangibles, d'où un premier débat qui a porté historiquement sur l'existence même et surtout sur l'effectivité des dispositions constitutionnelles proclamées intangibles.

Le second débat, plus récent, porte sur l'existence, alléguée par certains auteurs, de dispositions intangibles, alors même qu'elles n'auraient pas fait formellement l'objet d'une mesure d'intangibilité. C'est la théorie dite des limites implicites au pouvoir de révision. Ce débat porte, on le voit, lui aussi, sur une nouvelle normativité, plus difficile à cerner.

Ce n'est qu'une fois cette double nouvelle normativité connue et définie qu'un éventuel contrôle du processus de révision peut réellement être envisagé.

Ce troisième débat vient, en effet, couronner l'ensemble : il s'agit d'examiner la possibilité d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité qui s'appuierait d'une part sur l'existence de principes « supérieurs », servant de référents à l'exercice d'un contrôle et d'autre part sur les évolutions propres des techniques de contrôle, des compétences des Cours, en bref, sur l'évolution incontestable et générale des pouvoirs du juge et de l'interprétation.

1) L'intangibilité constitutionnelle

Le fait est là : depuis quelques décennies on assiste à la multiplication de Constitutions qui comportent des dispositions présentées comme intangibles. Que l'on parle de clauses « d'éternité » ou plus simplement d'intangibilité, le propos est clair : une Constitution donnée entend protéger certaines dispositions particulières que le constituant a considéré comme fondamentales⁽²⁾. À l'évidence, l'intangibilité peut être illusoire, il n'en reste pas moins que l'existence même de ces dispositions est bien réelle et qu'il faudra donc s'interroger sur le contrôle éventuellement exercé sur les processus de révision dans les pays considérés.

Le cas de la France est, à cet égard, particulièrement significatif : au moment où la République semble établie, l'Assemblée nationale de la III^e République ajouta, le 14 août 1884 un nouveau paragraphe à l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 « relative à l'organisation des pouvoirs publics » stipulant que désormais « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision... » Cet article sous une forme légèrement modifiée a été repris par toutes les Constitutions françaises postérieures. Par ailleurs, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, le nombre de dispositions intangibles dans le monde s'est considérablement accru : l'exemple de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (art. 79-3) de 1949 est le premier et sans doute le plus connu. On peut aussi citer celui de la Constitution portugaise de 1976 dont l'article 288 ne contient pas moins de 14 matières intangibles (sous le titre général « limites matérielles de la Constitution »)⁽³⁾.

Une variante très ancienne est fournie par la Constitution norvégienne de 1814 dont l'article 112 exclut les révisions qui contredisent les principes de la Constitution ou qui touchent à son esprit.

Il est clair que l'on est en présence d'une ère nouvelle dans la technique constitutionnelle : la Constitution était autrefois conçue pour instituer et protéger un certain ordre politique (démocratique), il apparaît aujourd'hui que la rigidité constitutionnelle classique est perçue comme insuffisante. C'est la leçon de l'entre-deux guerres, c'est-à-dire plus précisément de cette période qui a vu plusieurs démocraties européennes se transformer en régimes autoritaires dans ce qui paraissait être le respect -- au moins formel -- des dispositions sur la révision constitutionnelle. C'est ainsi qu'on en vint à se pencher davantage sur la substance constitutionnelle protégée, au-delà même des dispositions expresses.

2) Les limites implicites (ou inhérentes) à la révision constitutionnelle

(4)

C'est durant la République de Weimar que cette théorie fit réellement son apparition ⁽⁵⁾. Entendue au sens large et peut-être même exprimée de manière familière, elle signifie qu'il faut respecter autant l'esprit de la Constitution et ses principes que la lettre de chacun des articles. Ainsi cette vision a permis de qualifier certaines révisions constitutionnelles de « fraude à la loi » ou à la Constitution, selon la définition autrefois proposée par G. Liet-Veaux, dans un travail certes contestable dans ses conclusions relatives à Vichy, mais ingénieux sur le plan conceptuel. ⁽⁶⁾

Le contrôle de constitutionnalité des révisions constitutionnelles découle donc de l'apparition et de la multiplication des clauses réputées intangibles, mais aussi d'une approche qui se voudrait moins formaliste du droit, à savoir que les compétences exercées portent également sur des principes qu'il convient, le cas échéant, de préserver.

3) Apparition et développement du contrôle des révisions constitutionnelles

Les premières tentatives de contrôle juridictionnel des révisions ne pouvaient survenir qu'après que la nouvelle normativité soit elle-même apparue. Cependant, un autre chaînon était encore requis : le développement des techniques de contrôle juridictionnel, au sens le plus large. La rencontre entre les deux mouvements devait produire cette nouvelle étape dans laquelle la théorie et la pratique se trouvent à l'heure actuelle, celle du questionnement sur la possibilité du contrôle des révisions constitutionnelles.

Il faut souligner que cette question du contrôle juridictionnel est une conséquence logique voire inévitable du développement des techniques de contrôle de constitutionnalité (judicial review au sens le plus large). Elle peut ainsi s'analyser dans le cadre d'un activisme judiciaire qui s'oppose à la timidité des juges d'antan. Dans cette perspective, il convient de se demander si le contrôle de constitutionnalité des amendements constitutionnels dont la seule évocation projette certains collègues dans un véritable effroi métaphysique n'est pas de nature à suivre le chemin du contrôle de constitutionnalité des lois, qui lui aussi vit naguère -- en France -- des débuts difficiles. Quoiqu'il en soit, ainsi que le titre même du présent numéro des Cahiers y invite, c'est bien une réflexion sur l'évolution du contrôle qui désormais accapare l'attention, davantage sans doute que l'étude théorique de l'intangibilité des normes.

On rappellera d'abord un argumentaire ancien, utilisé dans les facultés de droit françaises, lorsque le contrôle de constitutionnalité des lois commença à être sérieusement envisagé : présentant la hiérarchie des normes dans son sens le plus classique, il était alors expliqué aux étudiants qu'après tout, le contrôle juridictionnel de la norme « loi » (face à la Constitution) n'était, dans son essence pas différent du contrôle juridictionnel de l'administration. Dans cette dernière hypothèse, le juge soumettait un règlement -- ou tout autre acte administratif -- à un examen face à la norme supérieure (en général : la loi). L'étudiant était amené à comprendre qu'en passant au stade du contrôle juridictionnel de la loi, le juge effectuait très précisément le même type d'activité. Il visait, tout simplement, à assurer la hiérarchie classique des normes : le juge qui veille à assurer la supériorité de la loi sur le règlement administratif, peut également veiller à la supériorité de la Constitution sur la loi ⁽⁷⁾. Cet argumentaire devait déboucher plus tard sur une controverse qui n'a cessé de s'amplifier depuis, nourrissant de nombreux colloques autour de la question de la légitimité du contrôle juridictionnel de la loi. Que n'a-t-on pu entendre dans ce cadre : de la légitimité du juge face au législateur (censé représenter l'expression générale), de la politisation de la justice, des modes de nomination des juges, de l'indépendance ou de la non-indépendance des juges, du contrôle a priori par opposition au contrôle a posteriori, de la voie d'action face à la voie d'exception... Cinquante années après la mise en place de la Constitution de la V^e République, les jeux semblent faits : du contrôle relativement « mesquin » introduit en 1958 ⁽⁸⁾ l'évolution est spectaculaire, marquée par quelques dates clefs : 1971, 1974, 2009 ⁽⁹⁾. Une vision quelque peu idéologique nous mènerait à envisager une forme de philosophie de l'histoire constitutionnelle que l'on pourrait résumer ainsi : une fois engagé, le contrôle de constitutionnalité a vocation à s'étendre et à se généraliser. Que s'ouvre une brèche et le contrôle s'y engouffre, d'abord timidement, puis se développe, jusqu'à devenir un élément central de l'ensemble politico-constitutionnel considéré.

Reprenons cette vision qui attribue un sens à l'histoire. Aujourd'hui, les débats sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité (de la loi)

semblent dépassés. La théorie de l'aiguilleur n'est plus qu'un souvenir dans l'histoire des débats autour du contrôle, ressemblant davantage à un amusant mot d'esprit qu'à une remarque sérieuse sur la nature du contrôle. Désormais, le contrôle est bien installé : l'exemple français n'est après tout qu'une parfaite illustration de cette histoire, depuis son introduction : sauf incident politico-constitutionnel de dernière heure, le contrôle par voie d'exception est sur le point de faire son entrée en France. À l'issue de la longue route, commencée en 1958, le contrôle deviendra partie intégrante du paysage juridique français.

La question qui doit se poser désormais est celle de savoir si le même développement est susceptible d'intervenir pour la mise en place du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. Mêmes causes, mêmes effets, mêmes évolutions ?

A priori, en effet, il suffirait de reprendre la même analyse didactique que l'on pourrait résumer ainsi : l'acte de vérification de la conformité d'une norme juridique donnée à une norme réputée supérieure ne varie pas suivant la position de départ de l'examen. En d'autres termes, pour reprendre de manière très précise notre vision « historique », on dira que peu importe qu'il s'agisse de vérifier la conformité d'un règlement à la loi, une loi à la Constitution, une révision constitutionnelle à des dispositions intangibles ou encore de la violation de limites inhérentes au pouvoir de révision (à supposer que celles-ci existent et soient reconnues), l'opération est intellectuellement identique. On pourrait y ajouter une vision de ce que l'on qualifierait de « détournement de procédure ».

Il y a une cinquantaine d'années, on pouvait encore enseigner dans les facultés de droit françaises que la disposition selon laquelle la forme républicaine du Gouvernement ne saurait faire l'objet d'une proposition de révision pouvait facilement (et voulait-on dire légalement et même constitutionnellement) être contournée. Il suffisait, avançait-on à l'époque, que l'autorité investie du pouvoir de révision procédât en deux temps : dans un premier temps, il serait procédé à la « simple » suppression de la phrase en question. Dans un deuxième temps, il serait procédé à la révision voulue positivement (p. ex. la restauration de la monarchie, de l'empire etc.)⁽¹⁰⁾ : une telle manière d'agir, enseignait-on alors serait juridiquement correcte et impeccable, alors même que chacun en voyait le déficit politique ! Mais, un certain positivisme ne nous avait-il pas enseigné qu'il ne fallait pas confondre les considérations juridiques, basées sur la seule science du droit et celles tirées de la morale ou de la politique (pour importantes qu'elles soient). Bref, une telle manière de faire aurait été, autrefois, considérée comme possible. Cette manière de voir rejoint d'ailleurs l'analyse bien connue de Georges Vedel qui ne voyait dans les articles rigides qu'une vaine tentative de bloquer les évolutions ou les révisions. Sur ce point, Georges Vedel reprenait et développait les lignes consacrées à la question par Charles Eisenmann dans sa thèse en leur donnant plus d'ampleur. G. Vedel écrit ainsi, dans la préface de la réédition de cette thèse « Mais, en tant que modifiable, elle ne peut être dotée d'un geôlier qui défendrait son intangibilité. En quelques pages irréfutables, l'auteur montre que l'immutabilité juridique est une impossibilité, puisque la règle qui proclamerait cette immutabilité devrait être elle-même rendue intangible par une autre règle immuable qui à son tour... L'autolimitation juridique est un néant logique. »

Or, précisément, sur ce point, on veut avancer que les approches modernes sont désormais différentes, que certains des arguments qui paraissaient former traditionnellement un obstacle au développement du contrôle de constitutionnalité se sont considérablement affaiblis, de sorte qu'il n'est pas impossible que le contrôle des lois constitutionnelles connaisse un développement fût-il modeste et limité. Examinons ces éléments, tout en concluant par des remarques réfrénant une vision trop « optimiste » quant à la mise en place d'un contrôle des révisions.

a) La banalisation des révisions constitutionnelles : on fait allusion par là à la multiplication des révisions constitutionnelles dans de nombreux pays (France, République fédérale d'Allemagne)⁽¹¹⁾. Certes, avancera-t-on, la quantité ne fait pas la qualité : il reste que le grand nombre de révisions banalise la procédure et annonce la possibilité d'un contrôle. Cette banalisation peut d'autant plus être suivie d'effets, dans les deux cas considérés, qu'elle intervient dans des cas où des dispositions intangibles existent.

b) Le renforcement des pouvoirs du juge : on assiste ici à un mouvement qui comporte plusieurs sources. En premier lieu, on a déjà évoqué la banalisation du contrôle juridictionnel de la loi. Après cette première « désacralisation », la route semble tracée pour passer à l'étape suivante. Dans les deux pays précités, l'existence de Cours constitutionnelles⁽¹²⁾ réduit très considérablement la portée du débat sur la légitimité du contrôle. À l'inverse, le cas de l'Inde, qui a ce jour, a connu le contrôle (des révisions constitutionnelles) le plus approfondi et le plus efficace est frappant : un pays qui connaît des dispositions intangibles (ou réputées telles) et dans lequel, la Cour suprême, de type common law, est plus encline à étendre son champ de compétence. Cependant, ce mouvement que l'on a qualifié de « renforcement » des pouvoirs du juge est perceptible bien au-delà de l'angle choisi plus haut. Les juges, on le sait, se sont aventurés très loin dans l'examen des motivations, au point que certains ont parlé de contrôle de l'opportunité (politique). Sans aller jusque-là, on soulignera que le développement de la « reasonableness » dans le monde de la common law, du « défaut manifeste de fondement » ou encore de la proportionnalité, ont fait franchir un pas important que le juge constitutionnel pourrait être tenté d'appliquer jusques et y compris dans le cadre du recours contre des révisions. Le juge, on le sait « interprète » les dispositions qui lui sont déferées : est-il déraisonnable d'imaginer un juge qui considérerait que « la forme républicaine » va bien au-delà de la seule question de la dévolution non héréditaire des pouvoirs. Une telle interprétation pourrait s'inspirer du recours aux

« principes républicains » et au Préambule... On imagine le type de dispositions qui pourrait ainsi être censurées, notamment dans le cadre d'une saisine par voie d'exception, sur le point d'apparaître en France.

c) Les freins à la mise en place d'un contrôle des révisions : outre la timidité traditionnelle sur laquelle il n'est point nécessaire de revenir, il nous semble possible de mettre l'accent sur ce qui peut apparaître comme une limite supérieure au pouvoir de contrôle. Pour comprendre cette limite, il suffit de se remémorer certaines religions qui connaissent des lieux inaccessibles au commun des mortels. Ces lieux sont comme marqués d'un caractère sacré où nul ne saurait accéder. Ce lieu est celui du Souverain, le Maître du monde. Or, on voit bien la parenté entre cette souveraineté divine et celle du peuple, véritable expression de la transcendance. Dans notre exemple, on perçoit bien l'équivalent constitutionnel : l'expression de la souveraineté populaire. Celle-ci devrait être ou pourrait être conçue comme échappant à la possibilité d'un contrôle. L'idée même d'un tel contrôle ne serait-elle pas un sacrilège... De fait, cette idée a déjà circulé en France : le Conseil constitutionnel dit-il autre chose, lorsqu'il écrit, pour écarter sa compétence, que « au regard de l'équilibre des pouvoirs établis par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (déc. n° 92-313 du 23 septembre 1992, Maastricht III). Cette analyse paraissant déboucher sur une distinction entre les révisions constitutionnelles opérées par la voie du Congrès et celles s'appuyant sur un référendum.

Les développements propres de la jurisprudence française font l'objet d'analyses spéciales dans ce numéro, il n'est donc pas nécessaire d'y consacrer d'autres développements. Il suffit de souligner que l'on pourrait se trouver ici face à une limite supérieure qu'il serait difficile au juge de franchir, ne serait-ce que pour des raisons politiques. Pour le reste, l'idée d'un contrôle, nous pensons l'avoir montré, est désormais à la veille de devenir une réalité.

(1) C'est le cas de la Constitution américaine de 1787 qui octroyait une protection particulière jusqu'en 1808 à certaines clauses. De même cette Constitution a-t-elle prévu que l'égalité de représentation des États au Sénat ne pourra être modifiée sans l'assentiment des États : cela revient à exiger la règle de l'unanimité pour cette règle.

(2) C'est Kelsen lui-même, souvent accusé d'être éloigné des réalités constitutionnelles concrètes qui, tout en admettant la validité des normes « éternelles » a souligné très fermement leur caractère illusoire cf. *Allgemeine Staatslehre*, réimpression photomécanique de 1966 de l'édition originale de 1925, p. 254 puis *Théorie générale des normes* (éd. française 1996), p. 143-144. Ainsi Kelsen utilise-t-il ici une formule très forte et presque imagée (p. 144) « Une norme peut exclure son abrogation par une autre norme ; mais elle ne peut pas exclure que la perte de sa validité résulte de la perte de son efficacité »

(3) On trouve également des dispositions intangibles dans la Constitution brésilienne ou encore dans la nouvelle Constitution grecque. (4) Une bonne introduction à cette question est fournie par Rigaux (Marie-Françoise) dans son ouvrage *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985.

(5) Ce fut là l'apport majeur de Carl Schmitt dans sa *Théorie de la Constitution* (1928) traduction française 1993 p. 145 s. au travers de sa distinction entre Constitution (intangible) et lois constitutionnelles (les seules qu'il soit possible de réviser conformément aux dispositions de la Constitution).

(6) Cf. Liet-Veaux (G.) « La fraude à la Constitution » *Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes* : Italie, Allemagne, France, *Revue du droit public*, 1943 p. 116. (7) Nous faisons abstraction ici de la controverse concernant la supériorité constitutionnelle et des pouvoirs du juge, telle qu'elle a été formulée par Troper (M.) : « The logic of justification of judicial review » *ICON* vol. 1, no 1 p. 99 (2003) et « Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy » *ICON* vol. 3, no 1 p. 24 (2005).

(8) Mesquin parce qu'à l'évidence, le but était de forcer le Parlement à rester dans le cadre de la nouvelle répartition entre loi et règlement, grande nouveauté de l'époque.

(9) Les spécialistes s'y retrouvent sans peine : de la décision de juillet 1971 incluant le Préambule dans le bloc constitutionnel et permettant un véritable contrôle de la loi, à la révision de 1974 (permettant à 60 députés ou sénateurs d'introduire un recours devant le Conseil constitutionnel), l'ensemble débouche sur la révision constitutionnelle de juillet 2009, qui met sur pied le contrôle par voie d'exception (sous réserve de la loi organique qui n'est pas adoptée au moment où ces lignes sont écrites -- juin 2009 --).

(10) C'est ce qu'écrivait par ex. Vedel (G.) dans son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey 1949, p. 117 « Il suffit de faire abroger par voie de révision l'art. 95 précité ; après quoi l'obstacle étant ainsi levé, une seconde révision peut porter sur la forme républicaine du gouvernement »....

(11) 24 en France, pour la Constitution de 1958, au moment où ces lignes sont écrites (juin 2009) et près de 60 en Allemagne (pour une loi fondamentale datant de 1949). Ces chiffres peuvent être comparés à ceux des États-Unis : ce pays n'a connu que 27 amendements en près de 220 années, dont 10 au cours de la première année !

(12) On n'entrera pas ici dans le débat sur la qualification du Conseil constitutionnel comme « Cour ». Au demeurant, l'adoption de la révision de

juillet 2008 instaurant le contrôle par voie d'exception modifie les données de ce débat (alors même que le mode de nomination n'est pas affecté).