

Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle

Olivier BEAUD - Professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas) et Directeur de l'Institut Michel Villey

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

Après la décision du 26 mars 2003, par laquelle le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour statuer sur la conformité à la Constitution d'une révision constitutionnelle, il semble que la question relative au contrôle des lois constitutionnelles serait définitivement tranchée. Certains le pensent, interprétant cette décision comme marquant la fin du mythe de la « supraconstitutionnalité »⁽¹⁾.

Toutefois, nous ne partageons pas cette opinion pour au moins trois raisons. La première, c'est qu'une question doctrinale aussi complexe que le contrôle des lois constitutionnelles ne peut pas être définitivement tranchée par une décision, fût-elle du Conseil constitutionnel. En effet, on peut estimer que, en ces matières là, les juridictions et les juges en général n'ont pas nécessairement le dernier mot. En tout cas, les juristes qui se réclament de la doctrine et qui s'inclinent devant une décision de justice au seul motif que c'est le juge qui l'énonce, refusent à accomplir leur office « doctrinal ». La seconde raison, c'est qu'interpréter cette question sous l'angle de la « supra-constitutionnalité », donc sous l'angle du droit naturel, constitue précisément l'erreur d'appréciation la plus courante commise dans ce type de débat. En effet, la question de savoir si l'on peut contrôler les lois qui révisent, c'est-à-dire modifient formellement la Constitution en vigueur, suppose non seulement de savoir s'il existe une autorité habilitée (juridictionnelle ou non d'ailleurs) pour contrôler la conformité d'une loi constitutionnelle à la Constitution en vigueur, mais aussi de se demander si l'on peut penser l'idée, apparemment contradictoire en soi, d'une loi constitutionnelle qui serait contraire à une autre loi constitutionnelle, celle-ci étant « la » Constitution. Ainsi, le débat auquel il s'agit de prendre part engage la question de savoir ce que sont une Constitution et sa révision et si l'on peut légitimement distinguer la Constitution des lois constitutionnelles. C'est pour cela que la question du contrôle des lois constitutionnelles est intéressante, théoriquement et pratiquement, et qu'elle devrait – en théorie du moins – intéresser tous les constitutionnalistes un peu conscients des exigences de leur discipline.

Enfin, la troisième raison pour laquelle nous ne partageons pas ce jugement lapidaire sur la portée à donner à la décision de 2003, c'est qu'il méconnaît le fait que celle-ci concernait une révision de la Constitution, portant sur la décentralisation, mais adoptée par le Congrès, sans que le peuple n'ait eu son mot à dire. La loi constitutionnelle de mars 2003 constituait, d'un certain point de vue, le symétrique de la révision de 1962 adoptée à la suite d'un référendum. Or, pour traiter correctement de la question qui nous occupe ici, sous l'empire de la Constitution de la V^e, il faudrait introduire, la distinction entre les lois « parlementaires » (adoptées par le Congrès) et lois « référendaires » (adoptées par le peuple). C'est un élément qui, certes, ajoute de la complexité à une affaire n'en manquant déjà pas, mais qu'on ne peut pas éluder si on veut traiter à fond de l'affaire en cause.

Le plaidoyer modéré, annoncé par le titre de notre intervention, consiste à soutenir qu'il est concevable d'envisager, en France, un contrôle des lois constitutionnelles pouvant porter aussi bien sur la forme que sur le fond – mais ne pouvant s'exercer que sur des révisions de type parlementaire, et avec une modification de la composition du Conseil constitutionnel.

I – La principale justification que l'on peut avancer pour un tel contrôle est la possibilité de distinguer entre la Constitution et les lois constitutionnelles de révision, ou si l'on veut du point de vue de ses auteurs, entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision. Sans qu'il soit possible ou nécessaire de revenir sur ce point, ces deux dernières expressions semblent juridiquement plus claires et plus précises que la distinction usuelle faite entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, ou institué. Or, il résulte du droit positif et de son concept même que le pouvoir de révision, même s'il est souvent sous les traits d'un pouvoir souverain, capable de tout faire, ne l'est pas puisqu'il est juridiquement limité. Il est limité quant à la forme dans la mesure où, dans le cas de la Constitution de 1958, il doit s'exercer conformément aux prescriptions de celle-ci, et notamment de son article 89 dont l'objet est précisément la révision⁽²⁾. Il est limité quant au fond, dans son contenu, puisque l'article 89 al. 5 prescrit que toute révision ne doit pas porter atteinte à la forme de gouvernement, héritage du combat entre les républicains et les monarchistes. Historiquement, cet article issu de la révision de 1884, signifie que l'assemblée de révision sous la III^e République, ne pouvait pas « légalement » abolir la République pour faire revenir un monarque sur le trône. C'est d'ailleurs cet héritage de la révision de 1884 qui explique historiquement la thèse de la « double révision » puisque les juristes de la III^e République ont prétendu que l'acte de révision (de 1884) ne pouvait pas se prémunir contre un autre acte de révision abrogeant, dans un

premier temps, l'intangibilité de la République, acte préjudiciable à une seconde révision, sur le fond.

Cette première idée est étroitement associée à celle de l'idée-clé de la suprématie de la Constitution et à celle de son contrôle. Dire que le pouvoir de révision est limité, cela veut dire de nos jours qu'il est contrôlable si l'on tient à ce qu'un tel pouvoir respecte la suprématie de la Constitution. Tel est le point de vue parfaitement exprimé par Walter Leisner, cet élève de René Capitant qui, après avoir écouté la distinction proposée par Guy Héraud entre le « pouvoir originaire » et les « pouvoirs institués », au sein desquels figure le pouvoir de révision, montrait comment la souveraineté parlementaire – dénoncée par le dernier Carré de Malberg – n'ait une telle limitation : « À l'intérieur de cette « Constitution », toutes les autres distinctions sont inutiles. C'est-à-dire que les représentants du peuple peuvent aussi bien faire des lois constitutionnelles originaires ou dérivées, que des lois simples. Ce qui nous importe par conséquent aujourd'hui, c'est de comprendre, que dans tous les États, où le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas assuré, la distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant institué – et à plus forte raison celle entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif – reste au fond factice. »⁽³⁾. A contrario, dès lors que le contrôle est désormais assuré, la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision devient possible, et avec elle le contrôle de l'exercice de ce dernier pouvoir. On peut même interpréter l'émergence du contrôle des lois constitutionnelles (de révision) comme une extension logique du contrôle des lois déjà effectué à propos des lois ordinaires, car il s'agit dans les deux cas d'assurer la suprématie de la Constitution.

L'idée fondamentale qu'il faut saisir si l'on veut réellement comprendre le contrôle des lois constitutionnelles, c'est qu'un tel contrôle de la révision se fait au nom de la « Constitution », c'est-à-dire au nom d'une Constitution positive, et non pas d'une Constitution imaginée ou arbitrairement composée par les acteurs. On ne contrôle pas, quant au fond, la loi constitutionnelle de révision par rapport à une idée de droit naturel arbitrairement introduite par l'interprète du droit. Par conséquent, cette « Constitution positive », qui légitime un contrôle des lois constitutionnelles, ne représente pas cette prétendue « supraconstitutionnalité » qui a été invoquée par certains comme un repoussoir. Il convient de souligner que le contrôle des lois constitutionnelles par rapport à la Constitution reste à l'intérieur du cadre constitutionnel, de la Constitution prise dans son ensemble et dans sa globalité. Mais évidemment, et c'est tout le problème que recèle cette question, lorsqu'on parle de la Constitution, on ne pense pas seulement à la loi constitutionnelle, au sens de la Constitution écrite en vigueur, c'est-à-dire de la Constitution de 1958 dans sa version consolidée. La Constitution, c'est justement davantage et autre chose que la loi constitutionnelle écrite, constamment modifiée, et ce n'est pas être jusnaturaliste que de constater le fait suivant : même aux yeux du Conseil constitutionnel, la Constitution se compose non seulement de la Constitution écrite, mais aussi des « principes à valeur constitutionnelle » que le juge a considérés comme tels, par induction, et même par induction à partir de simples lois ordinaires.

Pourquoi devrait-on alors protéger la Constitution contre des lois constitutionnelles de révision et admettre cette absurdité pour certains, consistant à ériger certains éléments comme intangibles dans une Constitution ? Il s'agit de se protéger contre le détournement de la légalité que pourraient effectuer les gouvernants qui useraient de la révision pour dénaturer la Constitution et le régime politique. Il s'agit de ne pas autoriser, sous couvert de légalité constitutionnelle, un changement de nature du régime politique. Entendons-nous bien : par le biais de la limitation matérielle de la révision constitutionnelle (adressée aux pouvoirs publics soumis à la Constitution), il ne s'agit pas de faire croire que le droit peut empêcher des coups d'État, mais seulement de tracer la frontière qui sépare l'acte de révision légal de l'acte de révision illégal matériellement, donc constituant, et par conséquent révolutionnaire en un sens. Techniquement parlant, un tel contrôle est plus facile à réaliser s'il est préventif que s'il est postérieur à la révision.

II – Nous avons annoncé un plaidoyer « modéré » en faveur du contrôle des lois constitutionnelles. Nous sommes bien conscients des objections qu'une telle opinion doctrinale peut soulever, et il en est au moins une qu'il convient de prendre en considération, c'est celle relative au cas où la révision est adoptée directement par le peuple, à supposer évidemment qu'il puisse s'exprimer librement. Dans une telle hypothèse, la limitation matérielle de la révision heurte de plein fouet le principe démocratique selon lequel chaque nation a le droit de changer de Constitution et de la réviser. On voit mal au nom de quel principe supérieur de légitimité on pourrait empêcher un peuple souverain de modifier sa Constitution. Si le peuple erre, et se laisse subjugué par un tyran, et décide librement et volontairement d'adopter une Constitution non libre, on ne peut que constater ce processus d'asservissement volontaire. On sait depuis Jean-Jacques Rousseau qu'une république suppose un peuple républicain et que ce n'est pas le droit, mais les mœurs et l'histoire qui instituent un peuple de citoyens. La seule limite que le droit pourrait fixer, c'est qu'une instance, ici en l'occurrence, le Conseil constitutionnel, puisse donner un avis, dans l'hypothèse de la révision opérée selon la procédure de l'article 11, éclairant le corps électoral (le peuple au sens juridique) avant son vote, mais on ne voit pas comment un contrôle postérieur à la loi référendaire serait possible. En toute hypothèse, dans l'état actuel du droit positif, cela ne l'est pas.

La seconde trace de cette modération résulte de la question de savoir qui pourrait effectuer ce contrôle. Comme la question restait ouverte par le titre de ce numéro (« Le contrôle des lois constitutionnelles »), on peut la formuler ainsi : ce contrôle doit-il être seulement exercé par le juge

ou peut-on envisager d'autres arbitres possibles ? Théoriquement, on pourrait songer au président de la République qui, en vertu de l'article 5 de la Constitution, a pour objet de veiller au respect de la Constitution. Ce serait une autorité concurrente du Conseil constitutionnel dans la mesure où l'on pourrait imaginer qu'il puisse exercer cette fonction de contrôle. Mais la manière dont a évolué la fonction présidentielle sous la V^e – disons, pour faire court, de « l'arbitre » au « capitaine » – conforte l'objection kelsenienne à la thèse schmittienne : un président de la République n'est pas neutre et si on l'érige en gardien de la Constitution, il devient juge et partie ⁽⁴⁾.

Reste alors la légitimité du Conseil constitutionnel français à exercer un tel contrôle sur les lois parlementaires de révision constitutionnelle. Elle est relativement faible si on la compare avec celle, par exemple, de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, dans la mesure où le Conseil n'a pas encore complètement réalisé sa mutation en véritable juridiction constitutionnelle. Comme on a eu l'occasion de le dire ailleurs ⁽⁵⁾, la révision constitutionnelle du 26 juillet 2008 a introduit un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception (question préalable de constitutionnalité, techniquement parlant), sans modifier la composition du Conseil et sans remettre en cause la présence d'anciens présidents de la République, membres de droit. De ce point de vue, la légitimité du Conseil semble encore fragile, si on la compare avec celle d'autres institutions plus ou moins similaires (Cour de Karlsruhe et Cour suprême des États-Unis notamment, dont les membres bénéficient d'une légitimation parlementaire par l'élection ou la confirmation). Dès lors, il paraît difficile qu'il auto-interprète ses compétences à l'excès, et c'est peut-être le sens ultime de la décision très prudente du 26 mars 2003 par laquelle nous avons commencé notre propos.

(1) Camby (J.-P.), « Supraconstitutionnalité : la fin d'un mythe », RDP, 2003, pp. 671 et s.

(2) On laissera ici de côté la question hautement controversée de savoir si l'article 11 est une voie procédurale pour la révision de la Constitution. Elle l'a été en 1962, et en tout cas, les pouvoirs publics de l'époque avaient respecté la procédure de cet article 11.

(3) Journée en l'honneur de Raymond Carré de Malberg, Annales de la faculté de droit et de sciences politiques et économiques de Strasbourg, t. XV, Dalloz, 1966 p. 93.

(4) V. pour un exposé récent de cette querelle : Beaud (O.), Pasquino (P.) (dir.), La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2007.

(5) « L'exception d'inconstitutionnalité achève-t-elle l'État de droit en France ? » L'ENA hors les murs, Paris, octobre 2008, no 385. La Constitution de la V^e.