

Kémal GÖZLER

LE POUVOIR DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE



Septentrion

PRESSES UNIVERSITAIRES

Thèse à la carte

[Page laissée intentionnellement vide]

[C'est la face intérieure de la couverture]

LE POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement

le 6 novembre 1995

par

Kemal GÖZLER

JURY

Président : **Monsieur Dmitri Georges LAVROFF**

Président honoraire de l'Université de Bordeaux I

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

Suffragants : **Monsieur Jean-Pierre DUPRAT**

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

Monsieur Gustave PEISER

Professeur à l'Université Pierre Mendès-France - Grenoble II

Monsieur Henry ROUSSILLON

Professeur à l'Université des sciences sociales de Toulouse - Toulouse I

Doyen de la Faculté de droit de l'Université des sciences sociales

de Toulouse - Toulouse I

En application de la loi du 11 Mars 1957, il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement le présent ouvrage (la présente publication) sans autorisation de l'éditeur ou du Centre Français d'exploitation du droit de copie (3, Rue Hautefeuille 75006 Paris)

© Kémal GÖZLER
I.S.B.N. : 2-284-00072-X

PRESSES UNIVERSITAIRES DU SEPTENTRION
Rue du Barreau BP 199 59654 Villeneuve d'Ascq Cédex France
Tél : 03 20 41 66 80 Fax : 03 20 41 66 90

LISTE DES ABREVIATIONS

- A.M.K.D.* : *Anayasa Mahkemesi Kararlari Dergisi* [Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle (turque)] (Publié par la Cour constitutionnelle turque, Ankara).
- C.C.* : Conseil constitutionnel
- C.E.* : Conseil d'Etat
- C.E.D.H.* : Cour européenne des droits de l'homme
- C.J.C.E.* : Cour de justice des Communautés européennes
- L.G.D.J.* : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- P.U.F.* : Presses universitaires de France
- Rec.* : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel

[Page laissée intentionnellement vide]

SOMMAIRE

Introduction générale

Titre préliminaire. - Le pouvoir constituant

Chapitre 1. - Les notions générales

Chapitre 2. - Les questions préalables

Première partie

LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Titre 1. - Les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels

Chapitre 1. - L'inventaire des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels

Chapitre 2. - La question de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels

Titre 2. - Existe-t-il des limites à la révision constitutionnelle non inscrites dans les textes constitutionnels ?

Chapitre 1. - Les thèses favorables à l'existence de normes supraconstitutionnelles s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle

Chapitre 2. - Les thèses déduisant des limites à la révision constitutionnelle de l'esprit de la constitution

Deuxième partie

LES SANCTIONS DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Titre 1. - Les sanctions autres que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles

Chapitre 1. - Les sanctions préventives

Section 1. - Le président de la République peut-il interrompre la procédure de révision constitutionnelle ?

Section 2. - Le président de la République peut-il refuser la promulgation des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle ?

Chapitre 2. - Les sanctions répressives

Section 1. - Les sanctions personnelles

Sous-section 1. - Existe-t-il des sanctions pénales proprement dites des limites à la révision constitutionnelle ?

Sous-section 2. - La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle ?

Sous-section 3. - La responsabilité pénale des ministres peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle ?

Section 2. - Les sanctions objectives : la nullité et l'annulabilité

Titre 2. - Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles

Chapitre 1. - Cadre théorique

Chapitre 2. - Etudes de cas

Section 1. - La situation dans les grandes démocraties contemporaines

Sous-section 1. - La situation aux Etats-Unis

Sous-section 2. - La situation dans les pays européens (l'Allemagne, l'Autriche et la France)

Section 2. - La situation en Turquie

Conclusion générale

[Page laissée intentionnellement vide]

INTRODUCTION GENERALE

Le pouvoir de révision constitutionnelle fait l'objet de notre travail. On peut éventuellement examiner les différents aspects de ce pouvoir : sa nature juridique, ses rapports avec les autres pouvoirs, ses titulaires, ses formes, ses limites, etc. Même si nous avons brièvement abordé tous ces aspects dans le titre préliminaire, nous nous sommes particulièrement attaché à l'examen des *limites* de ce pouvoir. En effet, nous estimons que la question la plus importante soulevée par le pouvoir de révision constitutionnelle est celle de savoir s'il y a des limites s'imposant à son exercice.

Mais pour qu'il y ait de telles limites, il faut avant tout montrer que le pouvoir de révision constitutionnelle est un pouvoir susceptible d'être limité. Car, s'il n'est pas un pouvoir qui peut être limité, il serait vain par hypothèse même de rechercher ses limites. C'est pourquoi, dans un *titre préliminaire*, nous nous proposons d'étudier quelques questions préalables, telles que la question de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle peut être limité et celle de savoir si le pouvoir constituant originaire est permanent. Egalement à côté de ces questions préalables, nous essaierons de définir quelques notions générales que nous utiliserons tout au long de ce travail, telle la notion de pouvoir constituant ou celle de révision constitutionnelle.

Après avoir montré, dans le titre préliminaire, que le pouvoir de révision constitutionnelle est susceptible d'être limité, dans une *première partie*, nous nous poserons la question de savoir par quelles limites ce pouvoir est limité.

D'abord, si l'on regarde les textes constitutionnels, on découvre tout de suite que les constitutions elles-mêmes prévoient des limites à leur révision ; c'est-à-dire qu'il y a des limites à la révision constitutionnelle qui figurent expressément dans les textes constitutionnels. Ces limites feront l'objet du *titre premier* de la première partie. Nous allons d'abord voir leur inventaire (*Chapitre 1*), ensuite la question de leur valeur juridique (*Chapitre 2*).

Cependant, quand il s'agit de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, certains auteurs ne se contentent pas d'énumérer les limites à la révision constitutionnelle prévues expressément par la constitution, allant encore plus loin, ils proposent d'autres limites à l'exercice de ce pouvoir. C'est pourquoi, nous avons réservé le *deuxième titre* de la première partie à l'étude de la question de savoir s'il y a des limites à la révision constitutionnelle non inscrites dans les textes constitutionnels. Dans ce titre, nous aborderons particulièrement deux questions : celle de savoir s'il y a des normes supraconstitutionnelles s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle (*Chapitre 1*) et celle de savoir s'il y a des limites à la révision constitutionnelle découlant de l'esprit de la constitution (*Chapitre 2*).

Ensuite dans la *deuxième partie*, nous nous poserons la question de savoir si les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel sont sanctionnées. En effet, en ce qui concerne ces limites, la vraie question est de savoir comment elles peuvent être sanctionnées, car aucune limite n'est contraignante, si elle ne fait pas l'objet d'une sanction.

Nous nous efforcerons d'envisager différentes sanctions pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle : l'interruption de la procédure de révision constitutionnelle et le refus de la promulgation de la loi constitutionnelle par le président de la République, les sanctions pénales proprement dites, la responsabilité du président de la République pour haute trahison, la responsabilité pénale des ministres, etc. Toutes ces sanctions feront l'objet du *titre premier* de cette partie. Dans ce titre, on va voir que même si ces sanctions sont théoriquement envisageables, elles ne constituent pas en soi des moyens efficaces pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. En effet, ces limites ne sont efficacement sanctionnées que lorsque l'invalidation des lois constitutionnelles est possible. Alors, concernant les sanctions des limites à la révision constitutionnelle, la question-clé est de savoir si les lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle peuvent être invalidées. La réponse affirmative à cette question dépend de l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. C'est pourquoi le *deuxième titre* de la deuxième partie sera tout entier consacré à l'examen du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Nous aborderons ce problème d'abord dans un cadre théorique (*Chapitre 1*), ensuite nous essaierons d'illustrer ce cadre à partir de la jurisprudence des organes chargés du contrôle de la constitutionnalité de différents pays : l'Allemagne, l'Autriche, les Etats-Unis d'Amérique, la France et la Turquie (*Chapitre 2*).

* * *

Avant de passer à l'examen de notre objet d'étude, il convient de préciser que nous avons suivi, tout au long de ce travail, la *théorie positiviste du droit*. On peut alors dès maintenant révéler les principales caractéristiques de ce travail.

D'abord, notre travail a pour objet de *connaître* les limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, non de les faire, de les façonner ou de les

modifier¹. En d'autres termes, nous ne tenterons pas de formuler les limites à la révision constitutionnelle autres que celles prévues par le droit positif. De même nous rejeterons toutes les doctrines qui ont tenté de le faire. Car, elles confondent la science du droit avec l'objet de celle-ci. Or, selon la théorie positiviste, il y a une *distinction entre le droit et la science du droit*. Le premier est l'objet de la seconde². Car, « dans toute science, l'objet doit être extérieur à cette science même, ce qui est une simple conséquence de la distinction cartésienne entre le sujet et l'objet de connaissance »³. La science du droit doit connaître son objet, non pas le façonner ou le modifier⁴.

Ensuite, ce travail s'est efforcé de s'abstenir de tout jugement de valeur. En effet, il ne lui appartient pas de justifier, ni de condamner une limite à la révision constitutionnelle qui fait partie du droit positif. Son rôle est seulement de *décrire* les limites à la révision constitutionnelle telles qu'elles sont en fait, et non pas de *prescrire* ce qu'elles devraient être ou ne devraient pas être selon des jugements de valeur⁵.

1. Hans Kelsen affirmait que le seul but de la science du droit « est de connaître le droit, non de le faire » (Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, p.xiv).

2. Christophe Grzegorzczak, « La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », in Christophe Grzegorzczak, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.56 ; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, p.30-35.

3. Christophe Grzegorzczak, « Positivisme comme méthodologie juridique », in Christophe Grzegorzczak, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.176.

4. Michel Troper, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », in Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, p.122. La conséquence épistémologique de cette théorie est le rejet de toutes les doctrines du droit naturel (*Ibid.*, p.123). Car, le jusnaturalisme confond la science du droit avec l'objet de celle-ci. Les jusnaturalistes prétendent formuler des règles qui font partie du droit lui-même (Grzegorzczak, « Positivisme comme méthodologie juridique », *op. cit.*, p.176).

5. En effet, selon la théorie positiviste, « la science du droit doit s'abstenir de jugement de valeur » (Troper, « Un système pur du droit... », *op. cit.*, p.123). Hans Kelsen note qu'« une science doit *décrire son objet tel qu'il est en fait et non pas prescrire* comment il devrait être ou ne devrait pas être, selon un certain jugement de valeur. Ce dernier est un problème de politique et en tant qu'elle concerne l'art du gouvernement, qui est une activité tournée vers les valeurs. Elle ne peut être l'objet d'une science tournée vers la réalité » (Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, p.xiv). En ce sens voir encore Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^e édition de la « *Reine Rechtslehre* » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.1 : « Théorie [pure du droit], elle se compose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique... En d'autres termes, elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers. tel est son principe méthodologique fondamental ». Ainsi, selon Kelsen, la science du droit « ne doit pas être influencée par les motifs ou les intentions des autorités législatives ou par les désirs ou les intérêts des individus » (Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, p.xiii).

Enfin, par hypothèse même, nous ne pourrions pas accepter la validité juridique des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle autres que celles prévues par le droit positif. Car, selon la théorie positiviste, *l'objet de la science du droit ne peut être que le droit positif*⁶. Par conséquent, les limites à la révision constitutionnelle qui ne font pas partie du droit positif sont privées de toute valeur juridique. Ainsi, les limites déduites des principes de droit naturel, ainsi que toutes les autres limites proposées par la doctrine et qui ne sont pas inscrites dans le contenu des normes juridiques positives seront considérées dans notre travail comme ne s'imposant pas à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle⁷.

6. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p.38 ; *Id.* « Un système pur du droit... », *op. cit.*, p.123 ; Grzegorzczuk, « La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », *op. cit.*, p.57. En effet, comme l'explique Michel Troper, « la science ne peut porter que sur une réalité connaissable. Ce qui ne fait pas partie du droit positif, comme le droit naturel, les valeurs, n'est pas connaissable » (Troper, « Un système pur du droit... », *op. cit.*, p.123). Ainsi les doctrines du droit naturel sont rejetées pour cette raison aussi (*Ibid.*). « Au contraire, le droit positif est le seul objet juridique qui soit connaissable, parce qu'il est assimilable à ce que sont les faits pour les sciences de la nature » (*Ibid.*).

7. Selon Kelsen, « ce qui ne se trouve pas dans le contenu de normes juridiques positives ne peut entrer dans un concept juridique » (Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, p.xiii).

Titre préliminaire

LE POUVOIR CONSTITUANT

Avant de passer à l'examen des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, il convient d'abord de voir, dans un titre préliminaire, quelques notions générales que nous allons utiliser tout au long de notre travail. Egalement, dans ce titre, nous nous proposons d'étudier quelques questions préalables, telles que la question de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle peut être limité et celle de savoir si le pouvoir constituant originaire est permanent.

Alors le plan du titre préliminaire s'affiche ainsi :

Chapitre 1. - Les notions générales

Chapitre 2. - Les questions préalables

[Page laissée intentionnellement vide]

Chapitre premier

LES NOTIONS GENERALES

Dans ce chapitre nous allons voir les notions de pouvoir constituant en général, des pouvoirs constitués, du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé. Nous n'allons pas définir ces notions tour à tour, mais nous allons étudier les distinctions qui sont faites entre elles.

Ainsi nous allons voir d'abord la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués (§ 1), ensuite la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé (§ 2).

§ 1. LA DISTINCTION DU POUVOIR CONSTITUANT ET DES POUVOIRS CONSTITUES

Montesquieu divise la puissance étatique en trois pouvoirs tels les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire¹. Il examine les titulaires de ces trois pouvoirs, c'est-à-dire le monarque, les assemblées et les tribunaux, en prenant ceux-ci tels qu'il les trouve historiquement *constitués*. Mais rationnellement, comme le remarque Carré de Malberg, « d'où ces autorités tirent-elles leur puissance ? Comment s'opère entre elles l'attribution des pouvoirs à séparer »² ? Le raisonnement de Montesquieu, surtout dans le chapitre *De la constitution d'Angleterre*³, « éveille et pose à chaque instant la question du pouvoir constituant ; mais il ne le résout point et ne l'aborde même pas »⁴.

1. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI (Texte établi et présenté par Jean Brethe de la Gressaye, Paris, Société Les Belles Lettres, 1955, t.II, p.63-77).

2. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922 (réimpression par CNRS, 1962) tome II, p.516, note 10.

3. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI (Texte établi et présenté par J. Brethe de la Gressaye, *op. cit.*, t.II, p.63-77).

4. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.516, note 10.

Mais d'autre part, comme l'indique Carré de Malberg, la théorie de la séparation des pouvoirs devait nécessairement conduire à la théorie du pouvoir constituant⁵. Car une telle séparation est inexplicable sans l'acceptation d'un pouvoir supérieur et antérieur à eux. Il faut donc logiquement « admettre l'existence d'une autorité supérieure et antérieure à eux, capable d'opérer le partage »⁶. On peut donc, avec Carré de Malberg, dire que « la théorie de la séparation des pouvoirs ouvrait la voie à la théorie du pouvoir constituant »⁷.

Cependant c'est Sieyès qui a « découvert », le premier, la notion du pouvoir constituant distinct et supérieur à ces trois pouvoirs. Selon Sieyès les pouvoirs créés par la constitution sont des pouvoirs multiples et divisés ; mais déclare-t-il, « tous, sans distinction sont une émanation de la volonté générale, tous viennent du peuple, c'est-à-dire de la nation »⁸. Ils émanent donc d'un pouvoir supérieur et unique ; et c'est pourquoi Sieyès dégage immédiatement cette notion fondamentale :

« Une Constitution suppose, avant tout, un *pouvoir constituant* »⁹.

Ainsi, de la notion même de constitution, Sieyès conclut directement à la distinction de ce qu'il appelle le « pouvoir constituant » et les « pouvoirs constitués ». Dans son ouvrage sur le *Tiers Etat*, il a exprimé d'une façon très claire cette distinction :

« Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du *pouvoir constitué*, mais du *pouvoir constituant* »¹⁰.

Egalement, il a repris la même distinction dans un discours prononcé à la Convention, lors de la séance du 2 thermidor An III :

« Une idée saine et utile fut établie en 1788¹¹ ; c'est la *division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués*. Elle comptera parmi les découvertes qui font faire un pas à la science ; elle est due aux Français »¹².

En suivant Sieyès, on peut définir le *pouvoir constituant* comme le « pouvoir de faire la constitution »¹³ et les *pouvoirs constitués* comme les « pouvoirs créés par la constitution »¹⁴.

5. *Ibid.*, p.515.

6. Georges Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, L.G.D.J., 3^e édition, 1983, tome IV, p.175.

7. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.515.

8. « Exposition raisonnée des droits de l'homme », lue au Comité de Constitution le 20 juillet 1789, *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. VIII, p.256 et s., cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op.cit.*, t.II, p.516.

9. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

10. Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat*, chapitre V, Edition critique avec une introduction et des notes par Roberto Zapperi, Genève, Librairie Droz, 1970, p.180-181. C'est nous qui soulignons.

11. Sieyès fait allusion à son livre sur le *Tiers Etat*.

12. *Moniteur*, réimpression, t. XXV, p.293, cité par Burdeau, *Traité...*, *op.cit.*, t.IV, p.176. C'est nous qui soulignons.

Les pouvoirs constitués sont donc ceux de l'Etat dont l'organisation et le fonctionnement sont définis par la constitution. C'est-à-dire qu'ils sont des pouvoirs d'exercer les diverses compétences juridiques de l'Etat dans le cadre de la constitution.

Mais plus précisément, quels organes de l'Etat faut-il entendre ?

Puisque les pouvoirs constitués sont définis comme les pouvoirs d'exercer les diverses compétences juridiques de l'Etat, les organes qui utilisent ces compétences sont donc des pouvoirs constitués. Comme on le sait, il y a principalement trois sortes de compétence juridique de l'Etat, qui sont les compétences législative, exécutive et judiciaire ; parallèlement, alors, il y a principalement *trois organes constitués : les organes législatif, exécutif et judiciaire.*

En ce qui concerne la relation entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, notons qu'il y a une hiérarchie entre eux. Le pouvoir constituant est *supérieur* aux pouvoirs constitués¹⁵. En d'autres termes, c'est seulement le pouvoir constituant qui est *souverain*, non pas les pouvoirs constitués. Cependant la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués n'a pas été conçue pour incarner la souveraineté dans l'Etat¹⁶. Au contraire cette distinction repose sur une *base libérale*. Dans son climat d'origine, c'est-à-dire à l'époque de la révolution française, cette distinction a été préparée afin de limiter la puissance des organes constitués, notamment celle de l'organe législatif et pour assurer la garantie des droits de l'homme. Ainsi dans cette conception, chaque organe constitué, surtout l'organe législatif, ne peut exercer que la compétence qui lui est attribuée dans la constitution par le pouvoir constituant. En définitive, comme le remarque Georges Berlia, « il y aura des lois constitutionnelles, dues à l'exercice du pouvoir constituant, distinctes des lois ordinaires et supérieures à celles-ci, afin qu'il y ait un

13. C'est la formulation de Carré de Malberg (*Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.510). Egalement voir Georges Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Francis Hamon et Michel Troper, Paris, L.G.D.J., 1988, p.76-77 : « ...le pouvoir constituant... dont la tâche est de *faire* la constitution ». Indiquons tout de suite que cette définition est formulée par opposition à la définition des pouvoirs constitués. En effet, en employant les verbes « établir » et « modifier » à la place du verbe « faire » dans cette formulation, on peut définir le pouvoir constituant comme le « *pouvoir d'établir ou de modifier la constitution* » (Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989), p.114). Pour les définitions semblables voir : Edouard Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier et C^{ie}, 2^e édition, 1873, p.372 : « le pouvoir de faire ou de reformer une constitution » ; Jacques Velu, *Droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1986, t.I, p.139 : « le pouvoir constituant est la fonction dont l'objet est d'établir ou de réviser la Constitution ».

14. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.509-510. Les définitions semblables des pouvoirs constitués se trouvent à peu près chez tous les auteurs. Voir par exemple : Georges Berlia, « De la compétence des assemblées constituantes », *Revue du droit public*, 1945, p.353 ; Joseph Barthélemy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933 (réimpression par Economica, 1985), p. 189 ; Michel Henry Fabre, *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 1984, p.149 ; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.117-118.

15. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.513 ; Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t. IV, p.172-173 ; Berlia, « De la compétence des assemblées constituantes », *op. cit.*, p.354, 356.

16. Berlia, « De la compétence des assemblées constituantes », *op. cit.*, p.356.

terrain interdit à l'action législative. Ainsi le pouvoir constituant est né de la volonté de diminuer la puissance législative »¹⁷.

* * *

Comme on vient de le voir, le *pouvoir constituant* se définit comme le « pouvoir de faire la constitution » et les *pouvoirs constitués* comme les « pouvoirs créés par la constitution ».

Les pouvoirs constitués restent en dehors de notre travail.

Seul le pouvoir constituant nous intéresse. Reprenons alors sa définition : le pouvoir constituant est celui de faire la *constitution*.

Qu'est-ce alors qu'une constitution ? Par quel critère une constitution se distingue-t-elle des lois ordinaires ? A ce propos, il y a deux critères proposés : un critère matériel et un critère formel.

Selon le *critère matériel*, la constitution est l'ensemble des règles, écrites ou coutumières, qui déterminent l'organisation et le fonctionnement des organes de l'Etat¹⁸.

Par contre, selon le *critère formel*, la constitution est l'ensemble des règles qui occupent le rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes et qui sont établies et révisées selon une procédure spéciale et supérieure à celle utilisée pour la loi ordinaire¹⁹.

17. *Ibid.* p.355. En ce sens voir aussi : Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.513, 514, 518, 519 ; Roger Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », *Revue du droit public*, 1942, p.49 ; Paul Bastid, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p.142.

18. Cf. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.25 ; Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Dalloz, 1995, p.79 ; Pierre Wigny, *Cours de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1973 ; Paolo Biscaretti Di Ruffia et Stefan Rozmaryn, *La constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Paris L.G.D.J., Torino, Libreria Scientifica, 1966, p.4 ; Michel Troper, « Constitution » in André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.103 ; Jacques Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris Economica, 3^e éd., 1990, t.I, p.126 ; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.112 ; Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 12^e édition, 1993, p.169 ; Fabre, *op. cit.*, p.150. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.571 ; Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.184 ; Jacques Baguenard, « La constitution », in Jean-Marie Auby (sous la direction de-), *Droit public*, Paris, Economica, 2^e édition, 1989, p.30 ; Charles Debbasch, Jean-Marie Pontier, Jacques Bourdon et Jean-Claude Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 3^e édition, 1990, p.73 ; Dominique Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 2^e édition, 1994, p.83.

Hans Kelsen définit la constitution au sens matériel comme « la norme positive ou les normes positives qui règlent la création des normes juridiques générales » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.300). En ce sens voir encore Otto Pfersmann, « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale : théorie, pratique, limites », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalis-

Nous définissons la constitution par le critère formel. Et cela pour deux raisons.

Premièrement, notons que la définition matérielle de la constitution est une définition assez vague, qui dépend de la conception personnelle des auteurs. Nous avons défini plus haut la constitution au sens matériel comme *l'ensemble des règles qui déterminent l'organisation et le fonctionnement des organes de l'Etat*. Cependant il faut noter que différents auteurs utilisent diverses autres expressions dans cette définition au lieu de celle d'« organes de l'Etat ». Par exemple Carré de Malberg utilise le terme « pouvoirs publics »²⁰ ; Joseph-Barthélemy et Paul Duez parlent de « l'organisation de l'Etat »²¹ ; Charles Debbasch et ses amis du « pouvoir politique »²² ; Paolo Biscaretti Di Ruffia, de « la structure essentielle de l'Etat »²³ ; Michel Henri Fabre, de « l'organisation politique, sociale, économique de l'Etat »²⁴. Enfin, en partant toujours du même critère les divers auteurs donnent des définitions encore plus différentes. Par exemple, Georges Vedel (ainsi que Jean Gicquel) définit la constitution au sens matériel comme « l'ensemble des règles de droit les plus importantes de l'Etat »²⁵. Mais, comme le demande Otto Pfersmann, « quel est le critère de l'importance »²⁶ ? Chaque auteur donne les différentes « règles les plus importantes ». Par exemple selon Georges Vedel, « sont règles constitutionnelles celles qui déterminent la forme même de l'Etat (unitaire ou fédéral), la forme de son gouvernement (républicain ou monarchique), les organes qui le dirigent et la manière dont ils sont constitués, les compétences dont ils sont investis, les droits des citoyens »²⁷. Par contre selon Jean Gicquel, « on englobe sous cette dénomination, les trois séries ci-après : les règles relatives à la *forme de l'Etat*, à *l'exercice de la souveraineté* entre les pouvoirs constitués (régime parlementaire ou présidentiel, etc.) et celles concernant les *droits des citoyens* »²⁸. Cette différence montre très bien qu'il n'y a pas de critère objectif de cette

tes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.14 : « la constitution *au sens matériel du terme*, c'est-à-dire l'ensemble de normes qui est structurellement le plus élevé dans la hiérarchie et qui contient les normes de production de normes générales et abstraites ».

19. Cf. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.13 ; Kelsen *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.300 ; Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.65-66 ; Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.25 ; Troper, « Constitution », *op. cit.*, p.69 ; Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn et Rozmaryn, *op. cit.*, p.4 ; Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.184 ; Wigny, *op. cit.*, p.54 ; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.112 ; Cadart, *op. cit.*, t.I, p.127 ; Baguenard, *op. cit.*, p.31 ; Gicquel, *op. cit.*, p.169 ; Pierre Pactet, *Institutions politiques - Droit constitutionnel*, Paris, Masson, 13^e édition, 1994, p.69 ; Debbasch et alii, *op. cit.*, p.77 ; Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.83.

20. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.571.

21. Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.184.

22. Debbasch et alii, *op. cit.*, p.73.

23. Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, *op. cit.*, p.4.

24. Fabre, *op. cit.*, p.150.

25. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.112 ; Gicquel, *op. cit.*, p.169.

26. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.15. Georges Vedel aussi pose la même question : « où commencent et où finissent ces règles les 'plus importantes', 'essentielles' ? C'est souvent difficile à dire » (*Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.112).

27. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.112.

28. Gicquel, *op. cit.*, p.169.

importance. En conséquence on peut dire qu'on ne peut pas faire une définition *objective* de la constitution en partant du critère *matériel*.

Deuxièmement, comme l'a montré Carré de Malberg, la notion *matérielle* de la constitution est « dépourvue de valeur, du moins au point de vue juridique. En droit, le critérium qui permet de discerner les lois constitutionnelles des lois ordinaires, réside uniquement dans un élément de forme : la notion de Constitution est purement formelle »²⁹. Georges Vedel lui aussi est du même avis. « Ce qui est essentiel, dit-il, du point de vue de la technique juridique dans la théorie générale de la Constitution, c'est le point de vue formel »³⁰. Car c'est lui seul qui permet de distinguer les lois constitutionnelles des lois ordinaires. Enfin notons que la conception matérielle de la constitution n'est pas retenue en droit français³¹.

En conséquence nous pouvons préciser que le mot « constitution » que nous avons utilisé dans la définition du pouvoir constituant est pris dans son sens *formel*. Nous pouvons alors redéfinir le pouvoir constituant comme le pouvoir de faire *la constitution au sens formel*. c'est-à-dire l'ensemble des règles, quel que soit leur objet, qui occupent le rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes juridiques.

* * *

Après avoir ainsi vu la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, voyons maintenant la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé.

§ 2. LA DISTINCTION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE ET DU POUVOIR CONSTITUANT DERIVE

On distingue en général deux types de pouvoir constituant. Cependant dans la doctrine constitutionnelle, il n'y a pas d'unanimité pour l'appellation de ces deux pouvoirs constituants. Le premier type de pouvoir constituant est appelé généralement le « pouvoir constituant originaire »³². A la place de cette expression, certains auteurs emploient celle de « pouvoir constituant initial », ou celle de « pouvoir constituant *stricto sensu* »³³, ou « pouvoir constituant » tout court³⁴. Le deuxième

29. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.572.

30. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.113. Plus récemment, le doyen Vedel rappelle qu'en droit, « il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant » (Georges Vedel, « Schengen et Maastricht : à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *Revue française de droit administratif*, 1992, p.178).

31. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.79. Il convient cependant noter qu'il y a des auteurs qui défendent une conception matérielle de la constitution. Voir par exemple, Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, p.315-317.

32. C'est l'appellation quasi dominante.

33. Georges Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, (Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit de Paris), Paris, Macon, 1930, p.79.

34. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.315.

type de pouvoir constituant est appelé généralement le « pouvoir constituant dérivé »³⁵. Egalement, à la place de cette dénomination certains auteurs préfèrent les appellations suivantes : « pouvoir constituant institué »³⁶, « pouvoir constituant constitué », « pouvoir de révision constitutionnelle », « pouvoir de révision de la constitution » ou simplement « pouvoir de révision »³⁷.

Quant à nous, nous choisissons pour l'instant les appellations les plus courantes, c'est-à-dire celles de « pouvoir constituant originaire » et de « pouvoir constituant dérivé ».

Quelques soient leurs appellations, le vrai problème est celui de savoir par quel critère on les distingue. En effet, plusieurs auteurs définissent plus ou moins différemment le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Néanmoins on peut identifier deux grands courants dans la doctrine sur la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé. Le premier propose un *critère formel* de distinction. Le deuxième opère la distinction par un *critère matériel*. Le premier est représenté par les auteurs positivistes tels que par Raymond Carré de Malberg, Georges Burdeau, Roger Bonnard, alors que le deuxième par les auteurs non positivistes tels que Carl Schmitt et récemment Olivier Beaud. Il nous semble que le premier représente la doctrine majoritaire. Nous allons voir d'abord la distinction formelle ensuite la distinction matérielle entre ces deux pouvoirs constituants.

35. Il nous semble que l'appellation de pouvoir constituant « dérivé » est plus usitée. Autant que nous l'avons constaté, c'est Georges Vedel qui a pour la première fois employé le qualificatif « dérivé » à la place de celui « institué » proposé par Bonnard. L'appellation de « pouvoir constituant dérivé » est employée aujourd'hui par les auteurs suivants : Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p.90 ; *Id.*, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p.179 ; Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 6^e édition, 1994, p.72 ; Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 23^e édition, 1993, p.53 ; Cadart, *op. cit.*, t.I, p.141 ; Gicquel, *op. cit.*, p.179 ; Pierre Avril et Jean Gicquel, *Lexique : droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 5^e édition, 1994, p.97 ; Baguenard, *op. cit.*, p.34 ; Fabre, *op. cit.*, p.150 ; Benoît Jeanneau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 1991, p.93 ; Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 3^e édition, 1993, p.183 ; Serge Arné, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *Revue du droit public*, 1993, p.484.

36. L'appellation de « pouvoir constituant institué » est employée par les auteurs suivants : Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.218 et s. ; Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Hamon et Troper *op. cit.*, p.76 ; Lavroff, *Le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.99-102 ; Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 11^e édition, 1994, p.40 ; Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.81 ; Geneviève Koubi et Raphaël Romi, *Etat, Constitution, loi*, La Garenne-Colombes, Editions de l'Espace européen, 1991, p.79 ; Mundhir el Shawi, *Contribution à l'étude du pouvoir constituant*, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit de Toulouse, (Multigraphiée par le Centre d'éditions universitaires de l'A.G.E.T.), Juin 1961, p.162 ;

37. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, passim ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.315.

Mais avant même de voir cette distinction, il convient de faire une remarque préliminaire sur son *origine doctrinale*.

D'abord notons que la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé ne trouve pas son origine dans la théorie de Sieyès. Il est vrai que, comme on vient de l'expliquer, Sieyès est le principal explorateur de la notion de pouvoir constituant. C'est lui qui la première fois a distingué le pouvoir constituant des pouvoirs constitués. Cependant on ne trouve pas, dans l'ouvrage de Sieyès, la moindre trace de l'idée d'une distinction entre pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. De plus toute la théorie de Sieyès est diamétralement opposée à l'existence d'un pouvoir constituant dérivé qui sera limité par les conditions prévues par la constitution. En effet, comme on va le voir plus bas³⁸, Sieyès défend une thèse que l'on peut appeler « la permanence du pouvoir constituant originaire ». Selon lui, la nation ne peut être soumise à aucune constitution³⁹. En d'autres termes, la nation est libre et indépendante de toutes formes juridiques pour changer sa constitution⁴⁰. Par conséquent, elle a le droit originaire de réviser ses institutions en dehors des procédures prévues par la constitution⁴¹. En effet, dire que la nation a le droit de réviser la constitution en dehors des formes prévues par la constitution revient à nier toute distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. C'est pourquoi, Sieyès n'a envisagé qu'un pouvoir constituant originaire permanent. En conséquence, non seulement Sieyès n'a pas « découvert » la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé, mais encore sa théorie tout entière est diamétralement opposée à une telle distinction⁴².

La « découverte » de la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé ne date que du XX^e siècle. Comme on va le voir plus bas, cette distinction a été pour la première fois développée d'une façon systématique par Raymond Carré de Malberg⁴³. Cependant, il est loin d'être le parrain de ces appellations. En reprenant la distinction de Carré de Malberg, Georges Burdeau, dans sa thèse de doctorat, a baptisé ces deux pouvoirs constituants comme le

38. Ce titre, Chapitre 2, Section 1. § 1.

39. Sieyès, *op. cit.*, ch.V, p.181.

40. *Ibid.*, ch.V, p.183.

41. *Ibid.*, ch.V, p.183. Sieyès reproduira ces principes devant le Comité de Constitution de l'Assemblée nationale, dans son « Exposition raisonnée » du 20 juillet 1789 : « le pouvoir constituant... n'est point soumis d'avance à une Constitution donnée. La nation, qui exerce alors le plus grand, le plus important de ces pouvoirs, doit être dans cette fonction, libre de toute contrainte, et de toute forme, autre que celle qu'il lui plaît d'adopter » (*Archives parlementaires*, t.VIII, p.259, cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op.cit.*, t.II, p.523).

42. Néanmoins il faut remarquer que Sieyès a tempéré ses idées sur le pouvoir constituant libre de toute forme. Comme on va le voir plus bas (Chapitre 2, Section 1, § 1), dans la deuxième phase de sa vie, il a envisagé un *Jury constitutionnaire*, doté de certaines attributions constituantes, chargé de préparer l'amélioration des lois fondamentales en même temps que d'assurer leur stricte observation. On peut voir probablement dans ce *Jury constitutionnaire* un pouvoir constituant dérivé. Mais, comme on va le voir plus bas, le pouvoir constituant dérivé n'est pas fondé sur une telle conception de Jury constitutionnaire.

43. Carré de Malberg, *op. cit.*, t.II, p.489-500.

« pouvoir constituant *stricto sensu* » et le « pouvoir de révision »⁴⁴. Cependant, ces appellations ne sont pas retenues dans la doctrine constitutionnelle. En effet c'est à Roger Bonnard que revient le parrainage de ces deux pouvoirs constituants. Dans un article publié dans la *Revue du droit public* en 1942⁴⁵, il a consacré la distinction entre ces deux pouvoirs constituants sous la double appellation de « pouvoir constituant originaire » et de « pouvoir constituant institué »⁴⁶. Depuis Roger Bonnard la distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé (institué) est devenue classique dans la doctrine française de droit constitutionnel. Néanmoins le pouvoir constituant « institué » de Roger Bonnard a été ainsi rebaptisé par Georges Vedel comme le pouvoir constituant « dérivé »⁴⁷. Il nous semble que l'appellation de pouvoir constituant « dérivé » est plus usitée que celle de pouvoir constituant « institué »⁴⁸.

Après avoir fait cette remarque préliminaire, nous pouvons maintenant passer à l'examen des conceptions formelle et matérielle de la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé.

A. LA CONCEPTION FORMELLE

Dans cette conception, le pouvoir constituant dérivé et le pouvoir constituant originaire se distinguent par les critères formels. Nous allons d'abord étudier, dans l'ordre chronologique, les auteurs qui ont proposé ces critères (1), ensuite les points sur lesquels le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé diffèrent (2). Enfin nous allons voir que, dans cette conception, il y a non seulement une distinction, mais aussi une identification entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé (3).

44. *Ibid.*, p.79.

45. Roger Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », *Revue du droit public*, 1942, p.48-90.

46. *Ibid.*, p.49.

47. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.115-116.

48. L'appellation de « pouvoir constituant dérivé » est employée par les auteurs suivants : Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.90 ; *Id.*, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. p.179 ; Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.72 ; Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.53 ; Cadart, *op. cit.*, t.I, p.141 ; Gicquel, *op. cit.*, p.179 ; Avril et Gicquel, *op. cit.*, p.97 ; Baguenard, *op. cit.*, p.34 ; Fabre, *op. cit.*, p.150 ; Jeanneau, *op. cit.*, p.93 ; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 3^e éd., 1993, p.183 ; Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.90 ; Arné, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *op. cit.*, p.484.

L'appellation de « pouvoir constituant institué » est employée par les auteurs suivants : Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.218 et s. ; Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Hamon et Troper *op. cit.*, p.76 ; Lavroff, *Le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.99-102 ; Chantebout, *op. cit.*, p.40 ; Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.81 ; Koubi et Romi, *op. cit.*, p.79 ; Shawi, *op. cit.*, p.162.

Par contre certains auteurs utilisent aussi les deux appellations. Voir par exemple : Pactet, *op. cit.*, p.75 ; Charles Cadoux, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Cujas, 3^e édition, 1988, t.I, p.134 ; Marcel Prélôt et Jean Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 1990, p.219.

1. Les origines doctrinales

La conception formelle de la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé est défendue par les auteurs positivistes. Elle a été pour la première fois envisagée par Raymond Carré de Malberg, développée ensuite par Georges Burdeau (alors positiviste), Roger Bonnard et d'autres.

a. Carré de Malberg

Nous trouvons, pour la première fois, chez Carré de Malberg, une distinction claire entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé.

D'abord, Carré de Malberg fait une distinction entre le *pouvoir constituant dans l'établissement de la première constitution de l'Etat*⁴⁹ et le *pouvoir constituant dans l'Etat une fois formé*⁵⁰.

Selon lui, la question du *pouvoir constituant dans l'établissement de la première constitution de l'Etat* n'est pas une question d'ordre juridique⁵¹. Selon l'auteur,

« la formation initiale de l'Etat, comme aussi sa première organisation, ne peuvent être considérées que comme un pur fait, qui n'est susceptible d'être classé dans aucune catégorie juridique, car ce fait n'est point gouverné par des principes de droit »⁵².

En revanche selon Carré de Malberg, le *pouvoir constituant dans l'Etat une fois formé* est un pouvoir d'ordre juridique et il peut être étudié comme un « organe de l'Etat ». Il affirme que la théorie de l'organe de l'Etat « s'adapte parfaitement à l'exercice du pouvoir constituant... dans l'Etat une fois formé »⁵³. Ainsi selon lui,

« dans les collectivités érigées en Etats, le *pouvoir constituant* de la collectivité, placé par le fait même de l'organisation de celle-ci dans l'Etat, *devra être mise en oeuvre par les organes mêmes que la Constitution assigne*, à cet effet, à l'être collectif national. Ces organes pourront être, soit une assemblée spécialement élue dans ce but, soit le corps des citoyens actifs agissant par la voie du gouvernement direct, soit encore une ou plusieurs des *autorités constituées* elles-mêmes. *Mais quelles que soient les personnes ou les assemblées appelées à exercer la fonction constituante, elles présenteront le caractère juridique d'organes étatiques* »⁵⁴.

49. Il étudie ce type de pouvoir constituant dans le titre « 441. *De la Constitution primitive qui a donné naissance à l'Etat* » (*Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.489-490. et n° 442 : « La question de l'origine de cette première Constitution n'est pas une question d'ordre juridique » (*Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.490-492).

50. Il étudie ce type du pouvoir constituant dans le titre « 443. *Justification de la théorie de l'organe d'Etat sur le terrain de la question du pouvoir constituant* » (*Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.492-495).

51. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.490-491.

52. *Ibid.*, p.491.

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*, p.494.

Ensuite Carré de Malberg divise le pouvoir constituant en deux, selon les circonstances dans lesquelles « le pouvoir constituant est appelé à s'exercer »⁵⁵, comme le *pouvoir constituant exercé dans les circonstances révolutionnaires*⁵⁶ et le *pouvoir constituant exercé dans les circonstances paisibles, régulières et juridiques*⁵⁷.

Le premier type de pouvoir constituant⁵⁸ s'exerce « *en dehors du droit établi par la Constitution en vigueur* »⁵⁹. Car,

« à la suite d'un bouleversement politique résultant d'une révolution ou d'un coup d'Etat, il n'y a plus ni principes juridiques, ni règles constitutionnelles : on ne se trouve plus ici sur le terrain du droit, mais en présence de la force »⁶⁰.

« Dans toutes ces circonstances, affirme-t-il, la Constitution nouvelle ne sera point confectionnée selon la procédure, le mode constituant et les formes, qui avaient été prévus et prescrits pas sa devancière. Celle-ci ayant été radicalement détruite par l'effet même du coup d'Etat ou de la révolution, il ne reste plus rien d'elle ; et par suite, elle ne peut plus fournir d'organes pour la confection de la Constitution future... Ainsi, entre la Constitution ancienne, dont il a été fait table rase, et la Constitution nouvelle, qui reste à faire de toutes pièces, il n'existe pas de lien juridique ; mais il y a, au contraire, entre elles une solution de continuité, un interrègne constitutionnel, un intervalle de crise »⁶¹.

Selon Carré de Malberg, il faut laisser de côté cette première hypothèse, dans laquelle l'exercice du pouvoir constituant n'est point régi par le droit ;

« car, il n'y a point place dans la science du droit public pour un chapitre consacré à une théorie juridique des coups d'Etat ou des révolutions et de leurs effets »⁶².

En revanche, d'après Carré de Malberg, dans les *circonstances paisibles*⁶³, la situation est toute autre. En effet, si « l'on fait abstraction des révolutions et des coups d'Etat »⁶⁴, la révision constitutionnelle « *devra s'opérer suivant les règles*

55. *Ibid.*, p.495. Il constate que « les changements de Constitution peuvent se produire dans deux ordres bien différents de circonstances » (*Ibid.*).

56. *Ibid.*, p.497. Carré de Malberg examine ce type de pouvoir constituant dans le titre « 444. Cas dans lesquels les changements de Constitution cessent d'être régis par le droit » (*Ibid.*, t.II, p.495-497).

57. *Ibid.*, p.497. Il étudie ce type de pouvoir constituant dans le titre « 445. *Système juridique de la révision de la Constitution par l'organe régulièrement désigné à cet effet* » (*Ibid.*, t.II, p.497-500).

58. C'est-à-dire, le pouvoir constituant dans les *circonstances révolutionnaires* (*Ibid.*, p.497). Selon Carré de Malberg, dans ces circonstances, « des changements se font d'une manière violente et qui résultent d'un coup de force, lequel se nomme révolution ou coup d'Etat » (*Ibid.*, p.495). Notons que selon Carré de Malberg, la révolution et le coup d'Etat sont des « procédés constituants d'ordre extra-juridique » (*Ibid.*, p.497).

59. *Ibid.*, p.496.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*, p.497.

62. *Ibid.*, p.497.

63. C'est-à-dire la « réformation... régulière, juridique... de la Constitution en vigueur » (*Ibid.*, p.497).

64. *Ibid.*, p.497.

fixées par la Constitution »⁶⁵. Alors, selon lui, quand il y aura lieu de réviser la constitution, il ne sera nullement nécessaire de procéder à une révolution ; mais il suffira de faire intervenir les organes que la Constitution elle-même a fixés à cet effet⁶⁶. Ainsi Carré de Malberg conclut que « cet exercice du pouvoir constituant rentre purement et simplement dans le cadre de la théorie générale et normale de l'organe d'Etat »⁶⁷.

De plus, selon Carré de Malberg,

« les organes dits constituants ne peuvent pas plus que les organes constitués avoir de pouvoirs antérieurs à la Constitution. Tout organe, même celui qui est appelé à exercer la puissance constituante, procède essentiellement de la Constitution et tient d'elle sa capacité. *A ce point de vue, on peut même dire qu'il n'existe pas, à proprement parler, d'organe constituant : il n'y a dans l'Etat que des organes constitués* »⁶⁸.

Comme on le voit, Carré de Malberg distingue les deux types de pouvoirs constituants. L'un s'exerce *dans les circonstances révolutionnaires*, l'autre *dans le cadre d'une constitution en vigueur*. Cette distinction correspond à celle du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé. Cependant Carré de Malberg n'emploie pas les expressions « pouvoir constituant originaire » et « pouvoir constituant dérivé (ou institué) » ; d'ailleurs, il ne donne pas même d'appellations univoques à ces deux pouvoirs qu'il a explorés.

A propos du phénomène que l'on appelle aujourd'hui le « *pouvoir constituant originaire* », il parle de la « formation initiale de l'Etat »⁶⁹, de l'exercice du pouvoir constituant « dans les circonstances révolutionnaires »⁷⁰ ou « en dehors du droit établi par la Constitution en vigueur »⁷¹, etc.

Egalement à propos de ce que l'on appelle aujourd'hui le « *pouvoir constituant dérivé ou institué* », il parle de « l'exercice du pouvoir constituant dans l'Etat une fois formé »⁷², de l'exercice du pouvoir constituant « dans les collectivités érigées en Etats »⁷³, du pouvoir constituant « mis en oeuvre par les organes mêmes que la Constitution assigne à cet effet »⁷⁴ ; des « organes de l'Etat appelés à exercer la fonction constituante »⁷⁵ ; du pouvoir constituant présentant « le caractère juridique d'organes étatiques »⁷⁶. le pouvoir constituant exercé « dans les circonstances

65. *Ibid.*

66. *Ibid.*, p.498.

67. *Ibid.*, p.499.

68. *Ibid.*, p.500.

69. *Ibid.*, p.491.

70. *Ibid.*, p.497.

71. *Ibid.*, p.496.

72. *Ibid.*, p.491.

73. *Ibid.*, p.494.

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*

76. *Ibid.*

paisibles »⁷⁷ ; l'exercice du pouvoir constituant rentrant « dans le cadre de la théorie de l'organe d'Etat »⁷⁸ ; le pouvoir constituant procédant de la Constitution⁷⁹ ; « la notion juridique du pouvoir constituant »⁸⁰.

En conclusion, même si Carré de Malberg est le principal explorateur de la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé, il ne lui appartient pas la dénomination de ces deux pouvoirs constituants. En effet, on ne voit pas dans chez Carré de Malberg d'effort pour donner des noms différents à ces deux pouvoirs constituants.

b. Georges Burdeau

Georges Burdeau⁸¹, étant un disciple de Carré de Malberg, dans sa thèse de doctorat soutenue en 1930, a souligné qu'il faut établir une distinction entre ces deux pouvoirs constituants⁸². Georges Burdeau constate que « la doctrine traditionnelle, sous le terme unique de pouvoir constituant, englobe deux notions tout à fait différentes »⁸³. Il les appelle le « pouvoir constituant *stricto sensu* » et le « pouvoir de révision »⁸⁴.

Le pouvoir constituant *stricto sensu* est « celui qui établit la première constitution »⁸⁵. Selon Georges Burdeau, « c'est un pouvoir de fait qui, par conséquent, est extérieur au droit »⁸⁶. Il existe « après tous les mouvements révolutionnaires »⁸⁷.

Par contre, selon lui, le pouvoir de révision est « le pouvoir dont un organe est statutairement investi pour modifier ou remplacer la règle fondamentale qui est au

77. *Ibid.*, p.497.

78. *Ibid.*, p.499.

79. *Ibid.*, p.500 : « ... celui qui est appelé à exercer la puissance constituante *procède* essentiellement de la Constitution... ».

80. *Ibid.*

81. On sait qu'il y a deux phases dans la pensée juridique de Georges Burdeau. Etant un positiviste ardent dans sa thèse de doctorat (1930), il rompt avec ce « péché de jeunesse » (l'expression utilisée par Shawi (*op. cit.*, p.16) à propos de revirement de Georges Burdeau) dans son ouvrage *Pouvoir politique et l'Etat* (Paris, L.G.D.J., 1943) où il écrira « dans cette controverse qui oppose les partisans du droit naturel aux positivistes, nous ne saurions prendre parti » (p.79) ; pour finir, dans son *Traité de science politique* (Paris, L.G.D.J., 1950) par accuser le positivisme de « réduire la science juridique à l'exégèse des procédures » (t.III, p.18).

82. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles...*, *op. cit.*, p.41.

83. *Ibid.*, 78-79.

83. *Ibid.*, p.79.

83. *Ibid.*, p.XV.

84. *Ibid.*, p.79.

85. *Ibid.*, p.XV.

86. *Ibid.*, p.79. Ce pouvoir « est un simple fait non susceptible de recevoir une tenture juridique » (*Ibid.*, p.82).

87. *Ibid.*, p.80.

sommet du système des normes étatiques »⁸⁸. Ce pouvoir est « considéré à travers l'ordre juridique »⁸⁹. Il tire sa compétence de « l'ordre juridique en vigueur, et, au premier chef, de la constitution »⁹⁰.

Comme Carré de Malberg, Georges Burdeau aussi affirme que l'examen du pouvoir constituant *stricto sensu* « échappe totalement à l'analyse juridique »⁹¹. « En réalité, dit l'auteur, le juriste ne devrait parler que du pouvoir de révision et jamais du pouvoir constituant proprement dit, celui qui établit la première constitution, n'est qu'un fait »⁹².

Comme on le voit, Georges Burdeau a exprimé d'une façon la plus claire la distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Cependant, comme Carré de Malberg, lui non plus n'est pas le parrain des ces appellations. En effet, Georges Burdeau a baptisé ces deux pouvoirs constituants comme le « pouvoir constituant *stricto sensu* » et le « pouvoir de révision ». Cependant, ces appellations ne sont pas généralement retenues dans la doctrine constitutionnelle.

c. Roger Bonnard

En effet c'est à Roger Bonnard qu'appartient la dénomination de ces deux pouvoirs constituants. Dans un article publié dans la *Revue du droit public* en 1942⁹³, il a consacré la distinction entre ces deux pouvoirs constituants sous la double appellation de « pouvoir constituant originaire » et de « pouvoir constituant institué »⁹⁴.

Selon l'auteur, le pouvoir constituant *originaire* est « un pouvoir existant en dehors de toute habilitation constitutionnelle »⁹⁵. Il intervient « pour faire une constitution alors qu'il n'y a pas... ou qu'il n'y a plus de constitution en vigueur. Ce qui se produit au moment de la création d'un nouvel Etat ou après une révolution qui a renversé la constitution existante »⁹⁶.

Par contre, « le pouvoir constituant *institué* est celui qui existe en vertu d'une constitution et qui a été établi pour venir, le cas échéant, réviser cette constitution »⁹⁷. Ainsi le pouvoir constituant institué « suppose une constitution en vigueur,

88. *Ibid.*, p.XXIII.

89. *Ibid.*, p.XIV.

90. *Ibid.*, p.83.

91. *Ibid.*, p.79.

92. *Ibid.*, p.XV.

93. Roger Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », *Revue du droit public*, 1942, p.48-90.

94. *Ibid.*, p.49.

95. *Ibid.*, p.78.

96. *Ibid.*, p.49.

97. *Ibid.*, p.59.

à la différence du pouvoir constituant originaire qui existe en dehors de toute constitution »⁹⁸.

Depuis Roger Bonnard la distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant institué est devenue classique dans la doctrine française de droit constitutionnel.

Cette distinction est reprise d'abord par Guy Héraud dans sa thèse de doctorat soutenu en 1945⁹⁹. Cependant il appelle le pouvoir constituant originaire directement le « pouvoir originaire »¹⁰⁰.

La distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant institué est reprise également par Georges Vedel dans son manuel de *Droit constitutionnel* publié en 1949. Cependant l'auteur préfère le qualificatif « dérivé » à la place de celui d'« institué »¹⁰¹.

Le pouvoir constituant « institué » de Roger Bonnard a été ainsi rebaptisé par Georges Vedel comme « pouvoir constituant *dérivé* ». Il nous semble que l'appellation de « pouvoir constituant *dérivé* » est plus usitée que celle de « pouvoir constituant *institué* »¹⁰².

2. Les points sur lesquels le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé diffèrent

D'abord, comme nous venons de le voir, dans la théorie défendue par Carré de Malberg, Georges Burdeau et Roger Bonnard, le principal critère de distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé est la situation dans laquelle ils s'exercent. Ainsi, ils définissent le *pouvoir constituant originaire* comme le *pouvoir d'établir une constitution lorsqu'il n'y en a pas ou qu'il n'y en a plus* et le *pouvoir constituant dérivé*, comme le *pouvoir de réviser une constitution déjà en vigueur suivant les règles fixées par celle-ci*¹⁰³.

98. *Ibid.*

99. Guy Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, (Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit de Toulouse), Paris, Sirey, 1946, p.2-4.

100. *Ibid.*, p.4-5.

101. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.115-116 : « [Q]uand le pouvoir [constituant] est exercé en matière de révision, la Constitution fixe elle-même les conditions... dans lesquelles ce pouvoir constituant est exercé... Dans ce cas, le pouvoir constituant de révision n'est plus inconditionné. C'est un pouvoir *dérivé* ».

102. Voir *supra*, note 48.

103. Pour les définitions semblables voir : Berlia, « De la compétence des assemblées constituantes », *op. cit.*, p.356 ; Bonnard, *op. cit.*, p.49-50 ; Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.190 ; Fabre, *op. cit.*, p.149 ; Jacques Velu, *Droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1986, t.I, p.140 ; Prélôt et Boulouis, *op. cit.*, p.219 ; Pactet, *op. cit.*, p.71 ; Gicquel, *op. cit.*, p.174 ; Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.72 ; Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Hamon et Troper *op. cit.*, p.77.

En partant d'une telle définition, les auteurs positivistes opposent le pouvoir constituant originaire au pouvoir constituant dérivé sur les différents points : les circonstances de leur exercice, leur nature, leur titulaire, leur forme, etc.

a. Les circonstances de leur exercice

Selon les auteurs formalistes, le *pouvoir constituant originaire* s'exerce dans le *vide juridique*. Et selon eux il peut exister deux types de *vide juridique* : le *vide juridique déjà existant* et le *vide juridique créé*.

Le vide juridique déjà existant se produit dans les *circonstances de naissance d'un nouvel Etat*¹⁰⁴. Dans ce cas, le pouvoir constituant originaire, pour fonder un nouvel Etat, pour établir une nouvelle constitution, ne détruit pas un Etat, n'abroge pas une constitution ; il *construit seulement*. Dans une telle situation le pouvoir constituant originaire comble le *vide juridique* en faisant une nouvelle constitution, en fondant un nouvel Etat. L'Etat qu'il fonde ainsi est un Etat tout neuf qui n'existait pas du tout avant ; la constitution qu'il établit est aussi toute première constitution de l'Etat. Les auteurs notent qu'un tel *vide juridique* peut se produire dans les circonstances telles que la *guerre*, la *décolonisation*, la *guerre d'indépendance*, la *fédération des Etats indépendants*, le *démembrement d'un Etat*, etc¹⁰⁵.

Il est évident que dans une telle situation le pouvoir constituant originaire ne peut pas être de nature juridique. Il n'est qu'un *pur fait, non susceptible de qualification juridique*. Car, puisqu'il n'y a jamais eu de constitution, l'établissement de la première constitution du pays ne peut être régie par aucun texte. C'est-à-dire que l'acte de l'établissement de la première constitution ne repose sur aucune règle juridique préalable. En d'autres termes, cet acte n'est pas formellement valable, et par conséquent il *n'est pas juridique*. Dans cette hypothèse, le pouvoir constituant originaire tire sa validité de lui-même, non pas d'une règle juridique préalable.

Le deuxième type de *vide juridique*, c'est-à-dire le *vide juridique créé*, apparaît dans les *circonstances de changement du régime dans un Etat déjà existant*. Dans ce cas, il existe déjà un ordre juridique en vigueur. Le pouvoir constituant originaire, d'abord en abrogeant la constitution existante, crée un *vide juridique*, et après, en en faisant une nouvelle, il le comble. En d'autres termes, le pouvoir constituant originaire *détruit* d'abord, *reconstruit* ensuite. En ce sens, on peut dire qu'il y a deux aspects du pouvoir constituant originaire : l'un est *négatif* (l'abrogation de la constitution) et l'autre *positif* (l'établissement de la constitution). Guy Héraud baptise l'aspect négatif du pouvoir constituant originaire comme le *pouvoir*

104. Claude Klein, « Pourquoi écrit-on une Constitution », in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de -), *1789 et l'invention de la constitution*, (Actes du Colloque de Paris organisé par l'Association française de droit constitutionnel, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 1994, p.89-94 ; Cadoux, *op. cit.*, t.I, p.145 ; Chantebout, *op. cit.*, p.39.

105. Cadoux, *op. cit.*, t.I, p.146 ; Chantebout, *op. cit.*, p.38.

*déconstituant*¹⁰⁶. Dans cette hypothèse on ne crée pas un nouvel Etat ; il s'agit simplement du *renouvellement de la fondation de l'Etat*¹⁰⁷ ou, autrement dit, du *changement de régime dans un Etat déjà existant*¹⁰⁸. Les auteurs notent qu'un tel vide juridique peut se produire à la suite d'une *révolution* ou d'un *coup d'Etat* ou bien d'une *guerre* qui renverse le régime politique existant¹⁰⁹.

Dans cette situation aussi le pouvoir constituant originaire est un *pouvoir de fait, non susceptible de qualification juridique*. Car comme on vient de le montrer, dans cette hypothèse, le pouvoir constituant originaire abroge d'abord la constitution en vigueur. Il est évident que cet acte d'abrogation n'est pas prévu par la constitution abrogée. En d'autres termes, *l'acte de l'abrogation* de la constitution ne repose sur aucune norme juridique préexistante, par conséquent *il n'est pas juridique*. Après avoir abrogé la constitution en vigueur, dans la seconde phase, le pouvoir constituant originaire établit une nouvelle constitution. L'établissement de cette nouvelle constitution n'est pas réglementé par l'ancienne constitution. Autrement dit, *l'acte de l'établissement* d'une nouvelle constitution ne repose sur aucune règle juridique préalable, par conséquent *il n'est pas juridique*.

Comme nous venons de le voir, dans la conception formelle, le pouvoir constituant dérivé se définit comme le pouvoir de réviser une constitution par la mise en oeuvre de la procédure prévue par celle-ci à cet effet. On a vu que selon la théorie formelle, le pouvoir constituant originaire apparaît dans le vide juridique. Par contre le *pouvoir constituant dérivé s'exerce dans l'ordre juridique*. En d'autres termes, le pouvoir constituant dérivé suppose une constitution en vigueur¹¹⁰. Cette supposition résulte de la définition même du pouvoir constituant dérivé, et cela à deux égards. Premièrement, le pouvoir constituant dérivé se définit comme le pouvoir de réviser la constitution, c'est-à-dire que l'on suppose, par définition même, qu'il existe une constitution à réviser. Deuxièmement, le pouvoir constituant dérivé est celui de réviser la constitution, non pas par n'importe quel moyen, mais par la mise en oeuvre de la procédure prévue par celle-ci. En d'autres termes, on suppose encore qu'il existe une constitution qui fixe la procédure de sa révision.

106. Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, *op. cit.*, p.323.

107. L'expression appartient à André Hauriou, Jean Gicquel et Patrice Gélard, (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 6^e édition, 1975, p.316.). Voir aussi Gicquel, *op. cit.*, p.169.

108. Cadoux, *op. cit.*, t.I, p.146.

109. Pour les circonstances de l'établissement des constitutions voir Edward McWhinney, *Constitution-Making : Principles, Process, Practice*, Toronto, University of Toronto Press, 1981, p.14-21.

110. Bonnard, *op. cit.*, p.59 ; Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.XIV, 43.

b. Leur nature

Selon les auteurs positivistes, le *pouvoir constituant originaire* est un pouvoir extra-juridique, est un pur fait non susceptible de qualification juridique¹¹¹. D'après eux, l'examen du pouvoir constituant originaire ne serait pas du ressort des juristes. Car il est impossible de faire une interprétation juridique des actes qui ont déterminé la première organisation de l'Etat. En effet, pour que le pouvoir constituant originaire puisse être qualifié juridiquement, il faut accepter que le droit existe avant la naissance de l'Etat¹¹². Or comme on le sait, les positivistes ne l'acceptent jamais.

Par contre, selon eux, le *pouvoir constituant dérivé* est un pouvoir de nature *juridique*. Car le pouvoir constituant dérivé est un pouvoir statutaire, dont l'organisation et le fonctionnement sont prévus par la constitution. Ainsi ce pouvoir s'exerce dans le cadre déterminé par la constitution. Il révisé la constitution suivant les règles fixées par celle-ci. En d'autres termes, le pouvoir constituant dérivé pose une règle constitutionnelle en reposant sur une autre règle constitutionnelle préalable, c'est-à-dire sur la disposition de la constitution qui règle sa révision. C'est pourquoi, la règle posée par le pouvoir constituant dérivé tire sa validité de la constitution, non pas d'elle-même. De ce fait, l'acte de poser une règle constitutionnelle dans ces conditions, c'est-à-dire l'acte du pouvoir constituant dérivé, est un acte formellement valable, par conséquent *juridique*.

c. Leur titulaire

Etant un pouvoir de fait, le titulaire du *pouvoir constituant originaire* se détermine par les circonstances de force. Comme l'estime Carré de Malberg,

« les mouvements révolutionnaires et les coups d'Etat offrent ceci de commun que les uns et les autres constituent des actes de violence et s'opèrent, par conséquent, en dehors du droit établi par la Constitution en vigueur. Dès lors il serait puéril de se demander, en pareil cas, à qui appartiendra l'exercice légitime du pouvoir constituant. A la suite d'un bouleversement politique résultant de tels événements, il n'y a plus, ni principes juridiques, ni règles constitutionnelles : on ne se trouve plus ici sur le terrain du droit, mais en présence de la force. Le pouvoir constituant tombera aux mains du plus fort »¹¹³.

En revanche, le titulaire du *pouvoir constituant dérivé* est déterminé par les constitutions. En d'autres termes, pour savoir à qui appartient le droit de réviser la

111. En ce sens voir : Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.290-492, 496-497 ; Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.XV, XXII-XXIII, 7-8, 14-15, 42, 46.

Contra voir : Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.200-202 ; Maurice Duverger, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait », *Revue du droit public*, 1945, p.77-81 ; Bonnard, *op. cit.*, p.54-57.

112. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.490.

113. *Ibid.*, t.II, p.496.

constitution, il suffit de se reporter à la constitution. C'est la constitution qui prévoit l'autorité qui va la réviser¹¹⁴.

Les constitutions attribuent en général ce pouvoir à l'un des organes qu'elles ont établis, par exemple au parlement ; ou bien elles le partagent entre les organes qu'elles ont fondés, par exemple entre le parlement et le chef de l'Etat. Par ailleurs, il y a des constitutions qui prévoient l'intervention du peuple par les moyens référendaires.

Cependant, pour le choix du titulaire du pouvoir constituant dérivé entre ces organes, il n'y a pas de nécessité juridique qui s'impose au pouvoir constituant originaire. Ce dernier est libre de choisir comme il lui plaît l'un de ces organes. Il peut attribuer le pouvoir constituant dérivé au parlement, comme il peut l'attribuer à un roi. Ou alors il peut le partager entre les divers organes. A ce propos, il n'existe aucune obligation juridique. Entre l'attribution du pouvoir constituant dérivé au peuple et celle à un roi, il n'y a aucune différence juridique ; même si cette dernière peut être considérée comme non démocratique¹¹⁵. Les deux solutions, l'une et l'autre, sont des solutions juridiques. Car, elles, l'une et l'autre, reposent sur une règle constitutionnelle préalablement posée par le pouvoir constituant originaire. Puisque le pouvoir constituant originaire est un pouvoir de nature non juridique, il peut désigner le titulaire du pouvoir constituant dérivé comme il lui plaît.

d. Leur caractère limité ou illimité

Le *pouvoir constituant originaire* est un pouvoir illimité. Car lorsque le pouvoir constituant originaire fait une constitution, il ne rencontre aucune règle qui va le limiter. Puisqu'il n'y a pas ou qu'il n'y a plus de constitution en vigueur, on se trouve dans une situation de *vide juridique*, c'est-à-dire qu'il n'existe plus de règle supérieure à la volonté du pouvoir constituant originaire. C'est pourquoi le pouvoir constituant originaire est un pouvoir initial, autonome et inconditionné. Par définition même il n'est soumis à aucune règle préalable¹¹⁶.

En revanche, le pouvoir constituant dérivé est un pouvoir limité au moins par les conditions de procédure dans lesquelles il s'exerce. D'ailleurs, certaines constitutions prévoient des limites matérielles et temporaires à l'exercice du pouvoir constituant dérivé. En effet, même dans la doctrine positiviste, il n'y a pas d'unanimité sur ce point. Selon certains auteurs, le pouvoir constituant dérivé est lié

114. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.218.

115. Pour l'influence de la pensée démocratique sur le choix de l'organe de révision voir : Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.220-221.

116. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.124 ; Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.99 ; Héraud, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p.5 ; Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.72 ; Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Hamon et Troper *op. cit.*, p.77 ; Fabre, *op. cit.*, p.149 ; Gicquel, *op. cit.*, p.174 ; Pactet, *op. cit.*, p.71 ; Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2^e éd., 1994, p.85 ; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.115 ; Velu, *op. cit.*, p.140 ; Edouard Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier et C^{ie}, 2^e édition, 1873, p.371.

par ces limites. Par contre, les autres affirment que ces limites n'ont aucune force obligatoire. Elles ne sont que des barrières de papier. Bref la question de la limitation du pouvoir constituant dérivé est très discutée. Nous allons l'examiner tout au long de notre thèse.

e. Les modes de leur exercice

Enfin, selon les auteurs positivistes, les modes suivant lesquels le pouvoir constituant *originaire* établit une nouvelle constitution *ne peuvent pas être juridiquement déterminés*. En d'autres termes, les modes d'établissement des constitutions sont des *modes purs*, non susceptibles de qualification juridique. Puisque le pouvoir constituant originaire est inconditionné, il n'est subordonné à aucune procédure. Il est libre de prononcer sa volonté selon les modalités qu'il fixe lui-même¹¹⁷.

Par contre, les modes suivant lesquels le pouvoir constituant *dérivé* révisé une constitution en vigueur, sont des modes juridiques. Ils sont déterminés par les constitutions¹¹⁸. En d'autres termes, pour savoir comment le pouvoir constituant

117. Cependant si l'on consulte un manuel quelconque de droit constitutionnel, on pourrait trouver des classifications des modes d'établissement des constitutions (les formes du pouvoir constituant originaire). Les manuels classifient en général ces modes suivant les théories de la souveraineté. Ainsi si la souveraineté appartient à un monarque la constitution sera faite par le mode de l'*octroi*, si elle est partagée entre un monarque et une assemblée la constitution sera faite par le mode du *pacte*. Ce sont les *procédés monarchiques* de l'établissement des constitutions. Il y a aussi les *procédés démocratiques*. Car dans une démocratie la souveraineté ne peut appartenir qu'à la nation ou au peuple. Si la souveraineté appartient à la nation, la constitution sera faite par le mode de l'*assemblée constituante* ; si elle appartient au peuple, la constitution sera faite par le mode du *référendum constituant*. Il faut cependant souligner que le pouvoir constituant originaire n'est pas lié par ces modes. Il peut utiliser l'un de ces modes, comme il peut faire un mélange entre eux ; ou bien il peut utiliser un mode tout à fait original qui n'existait pas du tout jusqu'alors. A ce propos, il n'y a aucune obligation juridique qui s'impose au pouvoir constituant originaire.

118. Les constitutions déterminent généralement cette procédure en trois phases : l'initiative, l'élaboration et la ratification de la révision (Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.250-251 ; Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.81 ; Chantebout, *op. cit.*, p.42 ; Debbasch et alii, *op. cit.*, p.95 ; Jeanneau, *op. cit.*, p.95).

L'initiative de la révision.- L'initiative de la révision peut être conférée au seul gouvernement ou au parlement exclusivement, ou bien elle peut être partagée entre le gouvernement et le parlement. Elle peut même être accordée au peuple.

L'élaboration de la révision.- Dans cette deuxième phase de la procédure de révision, on décide si l'on doit prendre l'initiative en considération et de lui donner suite. Cette décision sera prise tantôt par une assemblée réunie à cette fin, tantôt par les assemblées ordinaires. D'ailleurs, il est prévu des procédures solennelles, comme la condition de deux délibérations ou de dissolution de l'assemblée, comme les conditions de l'adoption à la majorité qualifiée (par exemple 3/5, 2/3, 3/4 etc.).

La ratification de la révision.- Certaines constitutions comportent une formalité supplémentaire. C'est la ratification de la révision. Les constitutions en général attribuent ce droit au chef d'Etat ou bien au peuple. Dans le premier cas on parle du veto présidentiel ; dans le deuxième, du veto populaire, par le moyen du référendum.

dérivé va réviser la constitution, il suffit de regarder cette constitution elle-même. Car, c'est la constitution qui fixe le mode de sa révision.

Chaque constitution détermine la procédure de sa propre révision¹¹⁹. Mais à ce propos, il n'y a pas de règle universelle qui s'impose aux constitutions. D'ailleurs du point de vue juridique, il n'existe pas d'obligation de choisir telle ou telle procédure. Le pouvoir constituant originaire est libre de fixer la procédure suivant laquelle le pouvoir constituant dérivé va réviser la constitution, comme il est libre de déterminer le titulaire de ce pouvoir.

En résumé, selon les auteurs positivistes, *le pouvoir constituant originaire est celui d'établir une constitution alors qu'il n'y a pas ou qu'il n'y a plus de constitution en vigueur. Ce pouvoir apparaît dans le vide juridique. Il est de nature non juridique et illimitée. Son titulaire et les modes de son exercice se déterminent par les circonstances de force.*

Par contre, *le pouvoir constituant dérivé est le pouvoir de réviser la constitution suivant les règles fixées par celle-ci à cet effet. Ce pouvoir s'exerce dans le cadre d'une constitution en vigueur. Il est de nature juridique. Son titulaire et les modes de son exercice sont déterminés par la constitution.*

* * *

Ainsi nous venons de voir la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé dans la conception formelle. Soulignons tout particulièrement que, comme l'appellation « conception formelle » l'indique, cette distinction est faite strictement du point de vue *formel*. En d'autres termes, la différence qui existe entre ces deux pouvoirs constituants est du point de vue de leur forme, et non pas de leur matière. Selon la théorie positiviste, il n'existe aucune différence entre ces deux pouvoirs constituants du point de vue matérielle. De ce point de vue, ils sont identiques. Voyons donc maintenant l'identité du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé.

3. L'identité du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé du point de vue de leur fonction

Comme on vient de le voir, selon la conception formelle, le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé diffèrent du point de vue de leur organisation. Le pouvoir constituant originaire est un pouvoir de fait, initial et autonome ; il tient sa puissance de lui-même, non pas d'un autre pouvoir. Par

119. Si une constitution ne comporte aucune disposition sur sa révision, il faut en déduire qu'elle peut être révisée par la mise en oeuvre de la procédure d'adoption des lois ordinaires. Car, la constitution est en dernière analyse une loi, et par conséquent elle est révisable comme toutes les autres lois. En ce sens voir Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 2^e édition, 1947, p.288 : « Juridiquement, la Constitution est une loi ; de par sa nature, la loi est un acte... modifiable ».

contre, le pouvoir constituant dérivé est un pouvoir juridique dont l'organisation et le fonctionnement sont prévus par la constitution¹²⁰. Il procède de la constitution et tient d'elle sa compétence¹²¹. En d'autres termes, le pouvoir constituant dérivé est un pouvoir constitué par la constitution. Cependant, *du point de vue de leur fonction*, il n'existe aucune différence entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Ils exercent la même fonction¹²² : édicter des normes constitutionnelles. Du point de vue de sa fonction, le pouvoir constituant dérivé est *l'équivalent* du pouvoir constituant originaire. Car il peut réviser la constitution qui est établie par le pouvoir constituant originaire. Il n'y a aucune différence de force juridique entre la règle initialement posée par le pouvoir constituant originaire et celle ultérieurement édictée par le pouvoir constituant dérivé. Toutes les deux sont de même valeur juridique en tant que règles se trouvant dans la même constitution. En d'autres termes, le pouvoir constituant dérivé qui est créé par le pouvoir constituant originaire exerce la même fonction que celle qu'exerce son créateur. C'est-à-dire qu'il n'y a pas de différence de valeur juridique entre la norme qui pose la condition et celle qui est faite selon cette condition. Ceci est la conséquence logique de la théorie selon laquelle il n'existe pas de hiérarchie entre les normes d'une constitution. Dans la conception formelle de la constitution, ce qui compte, c'est la forme, non pas le contenu des règles. Par conséquent, les règles qui se trouvent dans une constitution, quelle que soit leur source (le pouvoir constituant originaire ou le pouvoir constituant dérivé) ont toujours la même valeur. La différence chronologique n'a aucun effet sur la valeur juridique d'une norme. Bref, la règle posée par le pouvoir constituant originaire et celle posée par le pouvoir constituant dérivé, toutes les deux, occupent le même rang dans la hiérarchie des normes.

En conséquence, le pouvoir constituant dérivé, du point de vue de sa source, est *inférieur* au pouvoir constituant originaire ; car il en dérive. Mais du point de vue de sa *fonction*, elle est *l'équivalent* du pouvoir constituant originaire ; car il peut réviser la constitution qui a été établie par le pouvoir constituant originaire¹²³. Cette situation du pouvoir constituant dérivé a été expliquée parfaitement par Georges Burdeau en affirmant que « l'autorité chargée des révisions constitutionnelles » est un « organe constituant par *son but*, mais un organe constitué par *son*

120. Berlia, « De la compétence des assemblées constituantes », *op. cit.*, p.356.

121. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.41.

122. Héraud, *L'ordre juridique...*, *op. cit.*, p.2 et 4.

123. En ce sens voir : Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.43 : « L'autorité chargée des révisions constitutionnelles » est un « organe constituant par *son but*, mais l'organe constitué par *son origine* » (C'est nous qui soulignons). Le doyen Vedel aussi affirme la même idée : « ... en tant que le pouvoir constituant s'exerce en vue de la révision de la Constitution, il vise à l'exercice d'une compétence définie déjà par la Constitution. Il est *constituant* par ses effets ; il est *constitué* quant à ses conditions d'exercice » (Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.161). « Si l'organe constituant existe en vertu d'une Constitution en vigueur, il est *constituant par son objet*, mais *constitué quant à sa compétence* » (*Ibid.*, p.277).

origine »¹²⁴. Georges Vedel aussi a affirmé la même idée : « Il est *constituant* par ses effets ; il est *constitué* quant à ses conditions d'exercice »¹²⁵.

En d'autres termes, il y a un *organe* constituant originaire et un *organe* constituant dérivé, mais il n'y a qu'une *fonction* constituante. C'est dans ce sens-là que le doyen Georges Vedel écrit : « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial »¹²⁶. Plus récemment encore il a affirmé que le pouvoir constituant dérivé « est souverain. Il n'est dérivé que sous l'aspect organique et formel ; il est l'égal du pouvoir constituant originaire du point de vue matériel »¹²⁷. Ainsi le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé diffèrent par leur organisation, par leur origine, mais ils s'unifient par leur fonction. En conclusion, il y a une *homogénéité*, une *identité* entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé quant à leur fonction¹²⁸.

C'est pourquoi, selon la théorie positiviste on peut affirmer qu'il faut examiner *séparément* le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé quand il s'agit d'un problème concernant leur organisation, mais il faut les examiner *ensemble* quand il s'agit d'un problème relevant de leur fonction.

Nous venons de voir la conception formelle de la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé. Maintenant nous allons voir cette distinction selon la conception matérielle.

B. LA CONCEPTION MATERIELLE

La distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé selon la conception matérielle est privilégiée par les auteurs non positivistes. Cette distinction a été préparée par Carl Schmitt et reprise récemment par Olivier Beaud.

124. En ce sens voir : Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.43. C'est nous qui soulignons.

125. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.160. « Il est constituant par son objet, mais constitué quant à sa compétence » (*Ibid.*, p.277).

126. Georges Vedel, « Schengen et Maastricht : à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *Revue française de droit administratif*, 1992, p.179.

127. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.90. C'est nous qui soulignons.

128. Comme on va le voir en bas, les partisans (Carl Schmitt et Olivier Beaud) de la conception matérielle refusent l'homogénéité du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle, ainsi qu'il nie la nature constituante du pouvoir de révision constitutionnelle.

1. Carl Schmitt

Tout d'abord notons que Carl Schmitt emploie l'expression « pouvoir constituant » tout court¹²⁹ à la place du « pouvoir constituant originaire » ; et celle de « pouvoir de révision constitutionnelle »¹³⁰ à la place du « pouvoir constituant dérivé ».

En effet, selon Carl Schmitt, il n'y a qu'un pouvoir constituant, c'est celui qu'il appelle le « pouvoir constituant » tout court. Pour lui, le « pouvoir de révision constitutionnelle » n'est pas un pouvoir constituant. Il l'écrit clairement :

« Le pouvoir constituant est un et indivisible... La confusion entre constitution et loi constitutionnelle a produit une confusion entre le pouvoir constituant et la compétence de révision constitutionnelle, ce qui conduit souvent à ranger cette compétence sous le nom de *pouvoir constituant* à côté d'autres *pouvoirs* »¹³¹.

Selon l'auteur, « le pouvoir constituant s'exerce dans l'acte de la décision politique fondatrice »¹³². Il ajoute qu'« il peut même exister un pouvoir légiconstitutionnel de 'modification' ou 'révision' des lois constitutionnelles. Mais, affirme-t-il, il faut en distinguer le pouvoir constituant lui-même »¹³³.

Carl Schmitt définit le pouvoir constituant [originaire] 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 déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble »¹³⁴.

Carl Schmitt distingue le pouvoir constituant [originaire] et le pouvoir de révision constitutionnelle [= pouvoir constituant dérivé] *par leur objet*. L'objet du premier est la « constitution » (*Verfassung*) et l'objet du second est les *lois constitutionnelles* (*Verfassungsgesetz*)¹³⁵. Le pouvoir constituant [originaire] serait donc le « pouvoir de donner une nouvelle *constitution* »¹³⁶, alors que le pouvoir de révision constitutionnelle ne serait que le pouvoir de modifier le « texte des *lois constitutionnelles* en vigueur jusqu'alors »¹³⁷. En d'autres termes, Carl Schmitt fonde la distinction entre le pouvoir constituant [originaire] et le pouvoir de révision constitutionnelle sur sa distinction entre la « constitution » et les « lois constitutionnelles ». Voyons alors qu'est-ce qu'une « constitution » au sens schmittien et ce que sont des « lois constitutionnelles ».

129. Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Trad. par Lilyane Deroche, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1993., p.211.

130. *Ibid.*, p.241.

131. *Ibid.*, p.213.

132. *Ibid.*, p.229.

133. *Ibid.*

134. *Ibid.*, p.121.

135. *Ibid.*, p.151.

136. *Ibid.*, p.241.

137. *Ibid.*, p.237.

Carl Schmitt définit la « constitution » comme le « choix global du genre et de la forme de l'unité politique »¹³⁸. Elle « est valide grâce à la volonté politique existante de celui qui la donne »¹³⁹. La « constitution » « naît d'un acte du *pouvoir constituant*. L'acte constituant (*Verfassungsgebung*) en tant que tel ne contient pas telles ou telles normations particulières, mais détermine par une décision unique la globalité de l'unité politique du point de vue de sa forme particulière d'existence »¹⁴⁰. En d'autres termes, le célèbre constitutionnaliste du III^e Reich conçoit la constitution comme « *décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant* »¹⁴¹.

En revanche, les *lois constitutionnelles* contiennent telles ou telles normations particulières¹⁴². Elles « n'ont de validité que sur le fondement de la constitution et présupposent une *constitution* »¹⁴³. Ces lois sont formellement constitutionnelles¹⁴⁴, mais du point de vue de leur objet, elles sont « mineures » et « négligeables »¹⁴⁵.

Carl Schmitt illustre les lois constitutionnelles par les exemples suivantes (tirés de la Constitution de Weimar) : art. 129 : « le fonctionnaire doit se voir garantir l'accès à son dossier personnel » ; art. 149 : « les facultés de théologie sont maintenues dans les universités »¹⁴⁶. Selon Carl Schmitt, « toutes ces dispositions sont des réglementations *par loi* qui ont été élevées au rang des lois constitutionnelles parce qu'elles ont été intégrées à la 'constitution' »¹⁴⁷.

Carl Schmitt donne également quelques exemples à la « constitution », c'est-à-dire aux « décisions politiques fondamentales » dans le cas de la Constitution de Weimar : la décision en faveur de la démocratie (art. 1), la décision pour la république contre la monarchie (art. 1 : « le Reich allemand est une république), la décision en faveur d'une structure d'Etat fédéral, la décision pour une forme fondamentalement représentative et parlementaire du législatif et du gouvernement, etc. Selon Carl Schmitt, ces principes ne sont pas des lois constitutionnelles, « ce sont les décisions politiques concrètes qui fixent la forme d'existence politique du peuple allemand et forment le présupposé fondamental de toutes normations ultérieures, même celles données par les lois constitutionnelles »¹⁴⁸. « Elles forment la *substance de la constitution* »¹⁴⁹.

138. *Ibid.*, p.151.

139. *Ibid.*

140. *Ibid.*

141. *Ibid.*, p.154.

142. *Ibid.*, p.152, 153.

143. *Ibid.*, p.153.

144. *Ibid.*, p.141-142.

145. *Ibid.*, p.155.

146. *Ibid.*, p.141.

147. *Ibid.*, p.142

148. *Ibid.*, p.155.

149. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

L'importance pratique de la distinction entre la « constitution » et les « lois constitutionnelles » apparaît du point de vue de leur révision. Selon Carl Schmitt, la « constitution », c'est-à-dire les décisions politiques fondamentales, ne peut pas être modifiée par la procédure de révision constitutionnelle¹⁵⁰. En effet, l'auteur définit la « révision de la constitution » comme la « modification du texte des lois constitutionnelles en vigueur jusqu'alors »¹⁵¹, et non pas comme la modification de la « constitution », c'est-à-dire des décisions politiques fondamentales qui constituent la substance de la constitution¹⁵².

Par conséquent, selon Carl Schmitt,

« le pouvoir de révision constitutionnelle ne contient donc que le pouvoir d'apporter à des dispositions légiconstitutionnelles des modifications, additions, compléments, suppressions, etc., mais pas le pouvoir de donner une nouvelle constitution »¹⁵³.

2. Olivier Beaud

Le professeur Olivier Beaud, en s'inspirant de la théorie de Carl Schmitt, affirme que « l'acte constituant et l'acte de révision sont, ainsi que les pouvoirs qui s'y rattachent, fondamentalement distincts et opposés »¹⁵⁴. De même, comme Carl Schmitt, il les dénomme 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 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 constitutionnelle (à la place du pouvoir constituant dérivé) »¹⁵⁵.

Selon le professeur Beaud, il y a un rapport *hiérarchique* entre le pouvoir constituant [originaire] et le pouvoir de révision¹⁵⁶. Le premier est un pouvoir souverain, tandis que le second est un pouvoir non souverain¹⁵⁷. Par conséquent, il n'y a pas d'identification entre ces deux pouvoirs. Le pouvoir constituant est toujours illimité et le pouvoir de révision est toujours limité¹⁵⁸. En effet, pour

150. *Ibid.*, p.155. « Par la voie de l'art.76, on peut modifier les *lois* constitutionnelles, mais pas la constitution » (*Ibid.*, p.156). « Que la 'constitution' puisse être révisée ne veut pas dire que les décisions politiques fondamentales qui constituent la substance de la constitution peuvent être abrogées à tout moment par le parlement ou remplacées par n'importe quelles autres. Le Reich allemand ne peut pas être transformé en monarchie ou en république soviétique par une décision du Reichstag à la majorité des deux tiers » (*Ibid.*).

151. *Ibid.*, p.237.

152. *Ibid.*, p.156.

153. *Ibid.*, p.241.

154. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.315. Voir également Olivier Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *Les Petites affiches*, 31 mars 1993, n° 39, p.15.

155. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.315.

156. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.316 ; Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.15.

157. *Ibid.*, p.319.

158. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.336-337 ; Olivier Beaud, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht : remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *Revue française de droit administratif*, 1993, p.1048.

Olivier Beaud il n'y a qu'un pouvoir constituant, c'est celui que nous appelons le pouvoir constituant *originnaire*. Le pouvoir de révision n'est jamais un pouvoir constituant, il n'est qu'un pouvoir constitué. Il le dit clairement : « *le pouvoir de révision n'étant qu'un pouvoir constitué ne peut pas exercer la fonction constituante* »¹⁵⁹.

Le critère de distinction d'Olivier Beaud entre le pouvoir constituant [originnaire] et le pouvoir de révision constitutionnelle *est d'ordre matériel*. En d'autres termes, le professeur Olivier Beaud distingue le pouvoir constituant [originnaire] du pouvoir de révision *par son objet*¹⁶⁰. Selon lui, les matières touchant à la souveraineté nationale du peuple relèvent de la compétence du pouvoir constituant [originnaire] et celles qui ne la concernent pas relèvent du pouvoir de révision¹⁶¹. Car, d'après lui, seul le pouvoir constituant et jamais le pouvoir de révision peut remettre en cause la souveraineté nationale du peuple¹⁶².

Ainsi, lorsque le pouvoir constituant intervient, pour déterminer son type (originnaire ou dérivé), selon Olivier Beaud, « il faut d'abord rechercher si l'objet de sa décision porte sur des dispositions fondamentales (sur des matières de souveraineté) ou sur des objets secondaires »¹⁶³. Alors, s'il porte sur des « matières de souveraineté », il est le pouvoir constituant originnaire ; s'il porte sur des « objets secondaires », il est le pouvoir de révision constitutionnelle.

C. APPRECIATION GENERALE

Nous venons de voir deux théories opposées sur la distinction entre le pouvoir constituant originnaire et le pouvoir constituant dérivé : une théorie positiviste fondée sur une conception formelle défendue par Carré de Malberg, Georges Burdeau, Roger Bonnard et une théorie non positiviste fondée sur une conception matérielle défendue par Carl Schmitt et Olivier Beaud.

Ces deux théories s'opposent sur tous les points.

1. Selon la théorie positiviste, la seule chose qui compte est la forme de l'exercice du pouvoir constituant. S'il s'exerce dans le cadre constitutionnel, il est le pouvoir constituant dérivé et s'il s'exerce en dehors de ce cadre, il est un pouvoir constituant originnaire. La matière sur laquelle ce pouvoir s'exerce n'a aucune importance. Par contre selon la théorie schmittienne, s'il s'agit d'une « constitu-

159. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1048. C'est nous qui soulignons. Egalement voir *Ibid.*, p.1058 : « La loi constitutionnelle de révision n'exprime ni un 'pouvoir constituant' ni un pouvoir 'souverain', mais bien plutôt un pouvoir *constitué*, le pouvoir de révision qui est un pouvoir non souverain ».

160. « Différents par leur objet et leur contenu, l'acte constituant et l'acte de révision... » (Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.364).

161. Voir Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1048-49.

162. Voir *Ibid.*, p.1048-1049, 1059, 1061-1063.

163. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.439.

tion », c'est-à-dire des « décisions politiques fondamentales », le pouvoir constituant dérivé ne peut pas s'exercer. De même pour Olivier Beaud, si la matière en question touche à la souveraineté nationale du peuple, le pouvoir constituant originaire est compétent et non pas le pouvoir constituant dérivé.

2. La théorie matérielle propose des *titulaires* au pouvoir constituant originaire. Selon Carl Schmitt, le titulaire du pouvoir constituant originaire est le « peuple dans la démocratie » et le « monarque dans la vraie monarchie »¹⁶⁴. Olivier Beaud aussi détermine le titulaire du pouvoir constituant [originaire]. Selon lui, le pouvoir constituant [originaire] ne peut être exercé que directement par le peuple, et non pas par ses représentants¹⁶⁵. Il affirme que les dispositions de la constitution touchant à la souveraineté ne peuvent être révisées que directement par le peuple, c'est-à-dire le pouvoir constituant [originaire] et non pas par ses représentants, c'est-à-dire le pouvoir de révision¹⁶⁶. Car, « seul le peuple en tant que Souverain peut aliéner ou échanger sa souveraineté »¹⁶⁷. Bref, pour Olivier Beaud, le pouvoir constituant, ne peut appartenir qu'au peuple¹⁶⁸.

Par contre, la théorie formelle est complètement indifférente au titulaire du pouvoir constituant originaire. Car, ce pouvoir est un pur fait, par conséquent son titulaire se détermine par les circonstances de force. Le peuple peut être le titulaire du pouvoir constituant originaire. Mais le peuple en tant que pouvoir constituant originaire échappe à l'examen juridique. Et si le peuple intervient directement dans la procédure de révision constitutionnelle suivant les règles fixées par la constitution, il n'est pas un pouvoir constituant originaire, mais un pouvoir constituant dérivé.

3. Dans la théorie matérielle, il est possible que le pouvoir constituant originaire s'exerce dans le cadre constitutionnel. En effet si l'on édicte une norme touchant à une matière relevant de la compétence du pouvoir constituant originaire par la procédure de révision constitutionnelle, selon cette théorie, il y aurait ici l'exercice du pouvoir constituant originaire. Par exemple, dans la théorie d'Olivier Beaud, si l'on révisé une disposition de la Constitution française touchant à la souveraineté nationale du peuple, et si le peuple intervient directement, statuant par référendum (art.11 ou art.89, al.2), il y aurait ici un acte de pouvoir constituant originaire. Par exemple, selon Olivier Beaud, la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 nécessitait un référendum constituant (art.89, al.2)¹⁶⁹. Car, à son avis, cette révision constitutionnelle touchait à la souveraineté nationale du peuple¹⁷⁰. Par conséquent, selon sa théorie, si seul le peuple en tant que souverain constituant avait dû intervenir en statuant par référendum (art.89, al.2) pour ratifier cette loi de

164. Schmitt, *op. cit.*, p.154, 213-218.

165. Olivier Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1048.

166. *Ibid.*, p.1059.

167. *Ibid.*, p.1048. « Seul le pouvoir constituant du peuple peut remettre en cause la souveraineté » (*Ibid.*, p.1059).

168. *Ibid.*, p.1048.

169. *Ibid.*, p.1063.

170. *Ibid.*

révision constitutionnelle, il y aurait eu un acte du pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, pour le professeur Olivier Beaud, il est possible que le pouvoir constituant originaire s'exerce dans le cadre d'une disposition de la Constitution. D'ailleurs, le professeur Beaud interprète la révision constitutionnelle de 1962 prévoyant l'élection du président de la République par le suffrage universel¹⁷¹ comme « un véritable acte constituant [originaire] »¹⁷².

Or, selon la théorie formelle, l'exercice du pouvoir constituant originaire dans la cadre de la constitution est par définition même inimaginable. En effet, comme on l'a vu, selon cette théorie, le pouvoir constituant originaire ne peut s'exercer que dans le *vide juridique*, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas ou qu'il n'y a plus de constitution en vigueur. L'exercice du pouvoir constituant originaire et l'existence d'une constitution en vigueur ne sont pas en même temps concevables. Certes le peuple peut toujours exercer son pouvoir constituant originaire, mais dans ce cas, il aurait accompli au préalable une révolution. Car, l'exercice du pouvoir constituant originaire implique l'abrogation de la constitution en vigueur. Par conséquent tant que le peuple en tant que pouvoir constituant originaire n'a pas abrogé la constitution en vigueur, son intervention dans le cadre de révision constitutionnelle restera toujours de nature instituée. Ainsi toute intervention du peuple dans le processus de révision constitutionnelle en application d'une disposition constitutionnelle (par exemple art.89, al.2) n'est qu'un exercice du pouvoir de révision, et non pas du pouvoir constituant originaire.

4. Enfin, selon la théorie matérielle, le pouvoir constituant dérivé est par principe même matériellement limité. Et les limites s'imposant à l'exercice de ce pouvoir peuvent être des limites non inscrites dans le texte constitutionnel aussi bien que des limites prévues expressément par le texte constitutionnel. Or selon la théorie formelle, le pouvoir constituant dérivé n'est limité que par les conditions de forme et de procédure de révision constitutionnelle. Les limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans le texte constitutionnel ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir constituant dérivé. En effet nous allons reprendre cette question tout au long de notre thèse. C'est pourquoi, nous nous contentons ici de signaler que la théorie formelle et la théorie matérielle s'opposent encore sur la question de la limitation du pouvoir constituant dérivé.

* * *

Comme on le voit, ces deux théories s'opposent sur tous les points et sont complètement inconciliables. C'est pourquoi, il faut choisir entre ces deux théories. Mais comment ?

1. Le choix entre ces deux conceptions

On peut observer que les deux théories aussi sont des théories cohérentes avec elles-mêmes. Elles tirent toutes les conclusions logiques de leurs propres prémisses. En d'autres termes, leurs conséquences et leurs principes forment un ensemble

171. Loi constitutionnelle n° 62-1292 du 6 novembre 1962.

172. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p.383.

parfaitement cohérent. Leur inférence est valide, et par conséquent le choix entre ces deux théories ne peut pas s'opérer au niveau de leur raisonnement en soi. Alors ce choix ne peut s'effectuer qu'au niveau de leurs *prémisses* et de leurs *conclusions*.

Certes les *prémisses* de ces deux théories sont bien différentes l'une de l'autre. Mais il n'y a pas de critère juridique pour évaluer la validité des leurs prémisses. Car, les unes et les autres ne sont que des hypothèses. Par conséquent les prémisses de la théorie de Carl Schmitt sont aussi valables que celles de la théorie de Carré de Malberg. Le choix entre les deux ne peut pas se décider sur le terrain juridique. Il faut donc accepter la valeur théorique des hypothèses de la théorie formelle et de celles de la théorie matérielle. Au niveau des prémisses, tout ce que nous pouvons faire ici consiste à souligner la différence qui existe entre elles. D'ailleurs nous venons de le faire.

D'autre part, on ne peut non plus critiquer leurs *conclusions* en soi. Car comme on l'a dit, la théorie formelle et la théorie matérielle sont des théories cohérentes avec elles-mêmes. Les partisans de ces théories tirent toutes les conclusions logiques de leurs propres prémisses. Autrement dit, ses conclusions ne sont que les suites logiques de leurs prémisses. Alors en ce qui concerne leurs conclusions, nous ne pouvons constater que leur conformité ou non-conformité avec les données du droit positif. En d'autres termes, nous allons vérifier si les conclusions de ces théories sont consacrées ou démenties par la pratique constitutionnelle française. Il faut remarquer que cette vérification n'est pas une étude théorique, mais un travail empirique qui consiste en une simple constatation. En conclusion, nous ne discuterons pas ici le bien-fondé de la logique de la théorie formelle et de la théorie matérielle. Mais en vérifiant la conformité de leurs conclusions avec le droit positif, nous allons les accepter ou les refuser dans leur ensemble.

Dans ce but, nous rechercherons ici la conformité des conclusions de la théorie formelle et de la théorie matérielle avec les données du droit positif sur les points suivants.

1. *L'identité entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé.* – La théorie matérielle (Carl Schmitt et Olivier Beaud) refuse l'identité du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé. Selon cette théorie, ces deux pouvoirs constituants sont complètement *distincts et opposés*¹⁷³. Il y a toujours un rapport *hiérarchique* entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision¹⁷⁴. Le premier est un pouvoir souverain, tandis que le second est un pouvoir non souverain¹⁷⁵. Par conséquent, il n'y a pas d'identification entre ces deux pouvoirs¹⁷⁶. Le pouvoir constituant est toujours illimité et le pouvoir de

173. Carl Schmitt, *op. cit.*, p.229 ; Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.315 ; Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.15.

174. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.316 ; Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.15.

175. *Ibid.*

176. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.314-315.

révision est toujours limité¹⁷⁷. En effet, pour Carl Schmitt et Olivier Beaud il n'y a qu'un pouvoir constituant, c'est celui que nous appelons le pouvoir constituant *originaire*¹⁷⁸. Le pouvoir de révision n'est jamais un pouvoir constituant, il n'est qu'un pouvoir constitué. Olivier Beaud le dit clairement : « *le pouvoir de révision n'étant qu'un pouvoir constitué ne peut pas exercer la fonction constituante* »¹⁷⁹.

Comme on le voit, la *théorie matérielle* nie la nature constituante du pouvoir constituant dérivé. Or, selon la *théorie formelle*, comme on l'a vu, même si du point de vue de leur *organisation*, ces deux pouvoirs sont distincts et opposés, du point de vue de leur *fonction*, ils sont identiques, car ils exercent la même fonction. En d'autres termes, selon cette théorie, « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial »¹⁸⁰. Ainsi le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé diffèrent par leur organisation, par leur origine, mais ils s'unifient par leur fonction. En conclusion, selon la théorie positiviste, il y a une *homogénéité*, une *identité* entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé quant à leur fonction. Or, la théorie schmittienne nie complètement cette homogénéité.

On peut constater que sur ce point c'est la théorie formelle qui est confirmée par la pratique constitutionnelle. Car, la pratique constitutionnelle de tous les pays montre que la constitution qui est établie par le pouvoir constituant originaire peut être révisée par le pouvoir constituant dérivé. Parce que la norme posée par le pouvoir de révision a la même valeur juridique que celle qui est posée initialement par le pouvoir constituant originaire : elles se trouvent sur le même rang dans la hiérarchie des normes. Par conséquent du point de vue de leur fonction, il y a une identification entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé.

2. *Les conceptions matérielle et formelle de la constitution.* – En effet, la théorie formelle (Carré de Malberg) et la théorie matérielle (Schmitt) sur la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé sont fondées sur les différentes conceptions de la constitution. La première théorie est fondée sur la conception formelle et la deuxième sur la conception matérielle de la constitution. Pour la première, c'est évident, car, on sait que Carré de Malberg défend une conception strictement formelle de la constitution¹⁸¹.

D'autre part, la théorie qui est défendue par Carl Schmitt et Olivier Beaud implique l'acceptation d'une conception matérielle de la constitution. Car, sans avoir préalablement admis une telle conception, on ne peut pas établir une distinction entre les « décisions politiques fondamentales » relevant de l'exercice du pouvoir constituant originaire et les « lois constitutionnelles » qui peut être révisées par le pouvoir de révision constitutionnelle. De même la distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé effectuée par Olivier Beaud

177. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1048.

178. Schmitt, *op. cit.*, p.213.

179. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1048.

180. Vedel, « Shengen et Maastricht... », *op. cit.*, p.179.

181. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.572.

repose sur la distinction entre les dispositions constitutionnelles touchant à la souveraineté nationale du peuple (« matières de souveraineté »¹⁸²) et les dispositions n'y touchant pas (« objets secondaires »¹⁸³). Bien entendu une telle distinction suppose une conception matérielle de la constitution. D'ailleurs, Olivier Beaud défend clairement une conception matérielle de la constitution¹⁸⁴.

Nous avons déjà fait notre choix en faveur de la conception formelle de la constitution. Nous avons plus haut remarqué qu'en droit positif français, c'est la distinction formelle qui est retenue¹⁸⁵.

3. *La hiérarchie entre les normes constitutionnelles.* – La théorie matérielle implique une hiérarchie entre les normes de la constitution. Car, les dispositions de la constitution relevant de la compétence du pouvoir constituant originaire ne peuvent pas être révisées par le pouvoir constituant dérivé. Par conséquent elles occupent une place supérieure à d'autres normes de la constitution qui peuvent être révisées par le pouvoir constituant dérivé.

Par exemple, dans la théorie de Carl Schmitt, les normes constitutionnelles exprimant les « décisions politiques fondamentales »¹⁸⁶, autrement dit les dispositions formant la « substance de la constitution »¹⁸⁷ ne peuvent pas être modifiées par le pouvoir de révision constitutionnelle¹⁸⁸, alors que les « dispositions de détail »¹⁸⁹ (les lois constitutionnelles) peuvent être modifiées par la procédure de révision constitutionnelle¹⁹⁰.

Quant au professeur Olivier Beaud, il pense que,

« différents par leur objet et leur contenu, l'acte constituant et l'acte de révision révèlent donc l'existence d'une hiérarchie matérielle entre les principes intangibles et des dispositions qui ne le sont pas »¹⁹¹.

Dans le cadre de la Constitution française, Olivier Beaud propose une hiérarchisation entre les normes constitutionnelles en fonction du fait qu'elles touchent ou non à la souveraineté du peuple. Ainsi il attribue une place supérieure aux dispositions de la Constitution relatives à la souveraineté du peuple dans la hiérarchie des normes constitutionnelles¹⁹². Olivier Beaud l'affirme clairement :

182. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.439.

183. *Ibid.*

184. Voir Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.360-368 ; « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1057, 1059.

185. Ce chapitre, § 1.

186. Schmitt, *op. cit.*, p.154.

187. *Ibid.*, p.155.

188. *Ibid.*

189. *Ibid.*

190. *Ibid.*

191. *Ibid.*, p.364.

192. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1068.

« Il existe une hiérarchie matérielle au sein de la Constitution en vertu de laquelle le principe de souveraineté prévaut sur toute autre disposition constitutionnelle qui y porte atteinte »¹⁹³.

Par conséquent, selon lui, les dispositions de la constitution touchant à la souveraineté du peuple deviennent intangibles à l'égard du pouvoir constituant dérivé.

D'ailleurs, Olivier Beaud critique la doctrine dominante selon laquelle « il ne saurait y avoir de primauté d'un article de la Constitution sur un autre, ou encore d'un 'principe' constitutionnel comme celui de la souveraineté sur une règle constitutionnelle »¹⁹⁴. Il estime que, « selon un tel raisonnement, la souveraineté nationale... n'a pas plus de valeur juridique que n'importe quelle disposition constitutionnelle édictée en 'la forme de révision' »¹⁹⁵ ! Ensuite le professeur Beaud affirme que la souveraineté nationale est un « *élément intangible de la Constitution* »¹⁹⁶. Ainsi selon lui,

« les réserves de la souveraineté ne peuvent être levées par le pouvoir de révision constitutionnelle, mais seulement par le pouvoir constituant originaire, car seul un acte de souveraineté peut ici défaire un autre acte constituant. *Si la loi constitutionnelle de révision est impuissante à lever l'obstacle de la souveraineté nationale, c'est parce que celle-ci doit être interprétée comme faisant partie des dispositions intangibles de la Constitution française.* La souveraineté de l'Etat (impliquée par la souveraineté nationale) constitue une limitation autonome et tacite tirée de l'interprétation raisonnable et systématique de la Constitution »¹⁹⁷.

Comme le précise Olivier Beaud lui-même, sa thèse a pour « effet juridique la reconnaissance d'une supériorité de certaines dispositions constitutionnelles sur d'autres »¹⁹⁸. Et selon lui, ces dispositions supérieures, comme on vient de le montrer, sont celles qui touchent à la souveraineté nationale du peuple. Ainsi, les dispositions de la Constitution touchant à la souveraineté nationale du peuple sont intangibles à l'égard du pouvoir constituant dérivé, par conséquent elles constituent des limites matérielles à la révision constitutionnelle.

Or, selon la *théorie formelle*, dans le système de la Constitution française de 1958, le principe de la souveraineté nationale du peuple est l'un des principes à valeur constitutionnelle avec d'autres. Sa valeur résulte de l'article 3 de la Constitution. Et dans la conception formelle de la constitution une disposition constitutionnelle ne peut pas avoir une valeur supérieure sur d'autres dispositions constitutionnelles. Par conséquent elle peut être révisée comme toutes les autres dispositions de la Constitution par le pouvoir constituant dérivé. Ainsi la disposition constitutionnelle qui règle la souveraineté nationale n'est pas un élément intangible de la Constitution et elle ne constitue pas une limite à la révision constitutionnelle.

193. *Ibid.*

194. *Ibid.*, p.1054.

195. *Ibid.*, p.1059.

196. *Ibid.*, p.1061.

197. *Ibid.*, p.1061-1062.

198. *Ibid.*, p.1063.

On peut observer que c'est la théorie formelle qui est compatible avec les données du droit positif français. En effet, s'il y a une hiérarchie entre les différentes normes constitutionnelles, elles doivent tirer leur validité les unes des autres. Or, comme on le sait, dans le système de la Constitution française de 1958, toutes les normes à valeur constitutionnelle tirent leur validité d'un seul et unique acte : le référendum constituant de 1958. En d'autres termes, aucune hiérarchie ne peut être établie entre les différentes normes à valeur constitutionnelle du point de vue de leur validité. Toutes les normes constitutionnelles sont édictées par le même vote et peuvent être modifiées ou abrogées selon la même procédure de révision. Par conséquent elles ne diffèrent les unes des autres ni en validité ni en force juridique¹⁹⁹. Autrement dit, comme le doyen Vedel l'affirme, « la révision de telle disposition que l'on peut juger essentielle n'exige pas une procédure différente de celle qui présiderait à la retouche de telle autre disposition de caractère anodin »²⁰⁰.

Quant à la thèse d'Olivier Beaud selon laquelle le principe de la souveraineté nationale (art.3 de la Constitution de 1958 et art.3 de la Déclaration de 1789) est supérieur à d'autres dispositions constitutionnelles, et par conséquent que celui-ci est intangible à l'égard du pouvoir constituant dérivé, elle *a été catégoriquement démentie par la pratique constitutionnelle française*. Car, les articles 88-2 et 88-3 ajoutés par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 dérogent effectivement l'article 3 de la Constitution qui règle le principe de la souveraineté nationale. D'ailleurs le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 septembre 1992 a confirmé cette dérogation. En effet, le Conseil constitutionnel dans cette décision, « en ce qui concerne le moyen tiré de ce que le Traité n'est pas conforme à l'article 3 de la Constitution », a affirmé que

« sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16, et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles 'la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision', le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »²⁰¹.

Comme on le voit, le Conseil constitutionnel, comme les limites s'imposant à l'exercice du pouvoir constituant dérivé, mentionne les articles 7, 16, et 89, alinéas 4 et 5, mais non pas l'article 3 de la Constitution de 1958, ni l'article 3 de la Déclaration de 1789. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel ne considère pas le principe de la souveraineté nationale comme une limite à la révision constitu-

199. Georges Vedel, « Place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, (Colloque des 25 mai et 26 mai au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989, p.54.

200. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.84.

201. C.C., décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, *Rec.*, 1992, p.80 (19^e considérant).

tionnelle. Ainsi, le pouvoir constituant dérivé peut abroger, modifier ou déroger l'article 3 de la Constitution qui règle la souveraineté nationale. C'est le rejet le plus clair de la thèse selon laquelle le pouvoir constituant dérivé ne peut porter atteinte à la souveraineté nationale. Le Conseil constitutionnel marque ainsi qu'il n'y a aucune limite à la volonté du pouvoir constituant dérivé en dehors de celles qui résultent des articles 7, 16, 89, alinéa 4 et 5.

En conclusion, sur ce point la théorie matérielle (Carl Schmitt et Olivier Beaud) est en contradiction avec les données du droit positif français. Cette théorie sur ce point (la hiérarchie entre les normes constitutionnelles) a été catégoriquement démentie par la pratique constitutionnelle française.

4. *Le caractère jusnaturaliste de la théorie matérielle.* – Comme on l'a vu, dans la théorie de Carl Schmitt, les « décisions politiques fondamentales »²⁰², autrement dit la « substance de la constitution »²⁰³, sont intangibles. Mais cette intangibilité n'est pas prévue par la constitution elle-même. En d'autres termes cette intangibilité ne trouve pas son fondement dans un texte positif, mais dans une construction doctrinale.

Olivier Beaud défend l'intangibilité du principe de la souveraineté nationale. Selon lui, « l'atteinte à la souveraineté nationale implique une atteinte à la souveraineté de l'Etat que seul le pouvoir constituant [originaire] peut légitimer »²⁰⁴. En d'autres termes, le pouvoir constituant dérivé ne peut pas toucher à la souveraineté de l'Etat²⁰⁵. Seul le *pouvoir constituant du peuple*, et jamais le pouvoir constituant dérivé, peut porter atteinte à la souveraineté de l'Etat²⁰⁶.

Mais d'où tire-t-il le principe d'intangibilité de la souveraineté de l'Etat ?

Il convient d'abord de rappeler que selon l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation » et que d'après l'article 3 de la Constitution de 1958, « la souveraineté nationale appartient au peuple ». Signalons encore que dans la Constitution française, il n'y a aucune disposition prévoyant l'intangibilité de ces deux articles. Ce principe n'est pas donc inscrit dans la Constitution de 1958. De plus cette notion de « souveraineté de l'Etat » ne figure même pas dans le texte de la Constitution. La Constitution ne parle que de « souveraineté nationale » (art.3), et non pas de « souveraineté de l'Etat ».

Alors, selon la théorie positiviste, le principe de la souveraineté nationale n'est qu'une disposition constitutionnelle, par conséquent, elle est révisable par le pouvoir constituant dérivé comme toute autre disposition de la Constitution.

202. Schmitt, *op. cit.*, p.154.

203. *Ibid.*, p.155.

204. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1047.

205. *Ibid.*

206. *Ibid.* Seul un acte constituant est « en mesure d'abolir la souveraineté de l'Etat » (*Ibid.*, p.1063).

Par contre pour Olivier Beaud, la souveraineté nationale implique la souveraineté de l'Etat, car la souveraineté de l'Etat est la condition de la souveraineté constituante qui est l'objet de la souveraineté nationale.

Nous ne voulons pas ici discuter le bien-fondé de cette affirmation. Car, la souveraineté nationale implique ou n'implique pas la souveraineté de l'Etat, elle n'est pas une limite à la révision constitutionnelle. Parce que la Constitution ne prévoit pas son intangibilité. Par conséquent, le fait de montrer que la souveraineté de l'Etat est la condition de la souveraineté constituante et que cette dernière est l'objet principal de la souveraineté nationale ne prouve rien au regard de la question de savoir si le pouvoir constituant dérivé peut porter atteinte à la souveraineté de l'Etat. Car la souveraineté nationale elle-même n'est pas un principe intangible. Alors le principe de l'intangibilité de la souveraineté de l'Etat, même si elle est impliquée par la souveraineté nationale, n'a pas d'origine textuelle.

Ainsi, en prévoyant son intangibilité, le professeur Beaud dote la souveraineté nationale d'un statut de *supraconstitutionnalité*. Or, comme le remarque à juste titre le doyen Georges Vedel,

« la souveraineté nationale ne peut, au regard de la Constitution, bénéficier d'aucun statut de supériorité. Elle est l'une des normes de valeur constitutionnelle avec d'autres et peut être tenue en échec par une révision constitutionnelle autorisant à y déroger ou en limitant les effets »²⁰⁷.

En effet, la souveraineté de l'Etat (même si elle est impliquée par la souveraineté nationale) telle qu'elle est envisagée par le professeur Olivier Beaud n'est pas inscrite dans la Constitution. Elle ne figure dans aucun texte juridique²⁰⁸. Par conséquent elle est privée de toute existence positive ; c'est-à-dire qu'elle n'est pas un principe juridique valable. Elle ne peut avoir aucune valeur juridique. Puisque la souveraineté de l'Etat est juridiquement inexistante, on peut affirmer que la règle selon laquelle le pouvoir constituant dérivé ne peut porter atteinte à la souveraineté de l'Etat est une pure invention doctrinale. D'ailleurs, Olivier Beaud lui-même l'avoue en disant qu'« il faudra un *effort de construction doctrinale*, trop peu tenté par la doctrine constitutionnelle, pour tirer du texte constitutionnel des arguments pour la défense de l'étaticité »²⁰⁹.

Par conséquent le principe d'Olivier Beaud selon lequel « seul le pouvoir constituant, et jamais le pouvoir constituant dérivé peut porter atteinte à la souveraineté de l'Etat » *est un principe inévitablement de caractère jusnaturaliste*. Cependant le professeur Beaud croit que

207. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.80-81.

208. En effet Olivier Beaud avoue lui-même que « cette souveraineté propre à l'Etat, cette inhérente qualité de l'Etat, cette « étaticité » (*Staatlichkeit*), ne figure pas toujours dans la Constitution... La Constitution de 1958 est typique de cette oblitération de la souveraineté de l'Etat et même la souveraineté constituante » (Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1049-1050).

209. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1050. C'est nous qui soulignons.

« ni la théorie des limitations matérielles de la Constitution ni la théorie de la souveraineté n'ont rien de commun avec une conception jusnaturaliste du droit et de la Constitution. La souveraineté de la nation et encore moins la souveraineté de l'Etat ne sont des principes de droit naturel. Ce sont des produits de l'histoire et de la volonté humaine qui, en tant que tels, sont contingents... Par conséquent la souveraineté... n'est en rien un principe transcendant et éternel comme pourrait l'être l'idée de justice aux yeux d'une théorie jusnaturaliste ancienne »²¹⁰.

Or, à notre avis, le professeur Beaud aurait dû montrer simplement dans quel texte *posé* par la « volonté humaine » se trouve ce principe de l'intangibilité de la souveraineté de l'Etat. S'il se trouve dans l'article 3 de la Constitution de 1958, comme nous l'avons montré plus haut, elle est l'une des normes à valeur constitutionnelle avec d'autres, par conséquent elle est révisable comme d'autres. Et s'il ne trouve pas sa source dans un texte constitutionnel, ce principe est nécessairement de caractère jusnaturaliste. Il n'existe pas de moyen terme dans cette alternative. Ou bien le principe de souveraineté est inscrit dans la constitution ; ou bien il n'y figure pas. Si la première hypothèse est vraie, comme c'est le cas dans la Constitution française, le principe de la souveraineté nationale est révisable par le pouvoir constituant dérivé, comme tous les autres principes constitutionnels. Si l'on est dans la deuxième hypothèse, ce principe est privé de toute existence matérielle, par conséquent, il ne s'impose pas à l'exercice du pouvoir constituant dérivé. Et dans ce cas, affirmer que le pouvoir constituant dérivé ne peut pas porter atteinte à la souveraineté nationale du peuple implique nécessairement l'acceptation d'une conception jusnaturaliste du droit.

D'ailleurs, le principe d'Olivier Beaud selon lequel seul le pouvoir constituant, et jamais le pouvoir constituant dérivé, peut porter atteinte à la souveraineté nationale du peuple a été catégoriquement démenti par la pratique constitutionnelle française. Car, comme on le verra plus tard, en France, la loi de révision constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 a été adoptée par l'organe de révision constitutionnelle et non pas par le pouvoir constituant du peuple ; alors que cette loi touchait au principe de la souveraineté nationale du peuple.

* * *

Nous venons ainsi de vérifier la conformité des conclusions de la théorie formelle et de la théorie matérielle avec les données du droit positif français. Nous avons constaté que c'est la théorie formelle qui est consacrée par le droit positif français et que la théorie matérielle a été catégoriquement démentie par la pratique et la jurisprudence constitutionnelle française.

Alors à propos de la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé, nous choisissons la conception formelle défendue par Carré de Malberg, Georges Burdeau (dans sa thèse de doctorat) et Roger Bonnard.

210. *Ibid.*, p.1068.

Et selon cette conception, *le pouvoir constituant originaire est le pouvoir constituant qui s'exerce en dehors du cadre constitutionnel et le pouvoir constituant dérivé celui qui s'exerce dans le cadre constitutionnel.*

En d'autres termes, *le pouvoir constituant originaire se définit comme le pouvoir d'établir une constitution en dehors du cadre constitutionnel et le pouvoir constituant dérivé comme le pouvoir de réviser une constitution déjà en vigueur suivant les règles fixées par celle-ci à cet effet.*

2. Notre définition du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé

Notre définition du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé sont faites à partir des deux définitions ci-dessus. D'abord notons que ces deux définitions sont les définitions les plus courantes. Elles sont fondamentalement correctes. Cependant, au niveau de leur formulation, à notre avis, il convient de faire une modification. Car, il nous semble que l'expression « établir une constitution » et celle de « réviser une constitution déjà en vigueur » ne sont pas justes.

En effet, l'expression « établir une constitution » cache en soi l'idée de l'établissement d'une constitution tout entière. D'ailleurs, c'est ce qui est vrai dans les différents cas. Le pouvoir constituant originaire apparaît souvent dans le cas de l'établissement d'une *nouvelle* constitution. Cependant cette expression est trompeuse, car, selon la conception formelle, dans tous les cas où l'on pose une norme ou des normes constitutionnelles en dehors du cadre constitutionnel, il y a exercice du pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, nous sommes en présence d'un pouvoir constituant originaire, même si l'on ne révisé qu'une seule disposition constitutionnelle en dehors de la procédure prévue à cet effet. Alors le pouvoir constituant originaire peut s'exercer soit sur l'ensemble de la constitution soit sur une seule disposition de cette constitution. Les matières touchées n'ont aucune importance dans la définition. L'élément déterminant est que cette édicition des normes est en dehors du cadre constitutionnel. Alors on peut parfaitement définir le pouvoir constituant originaire comme le pouvoir de *réviser* la constitution en dehors du cadre constitutionnel.

Egalement l'expression « réviser une constitution » utilisée dans la définition du pouvoir constituant dérivé est trompeuse. Car, dans la conception formelle, ce qui compte est que l'édicition des normes constitutionnelles s'effectue *dans le cadre constitutionnel*. La quantité des normes posées n'est pas importante. L'exercice du pouvoir constituant dérivé peut porter sur l'ensemble de la constitution.

C'est pourquoi, nous préférons utiliser l'expression « édicter une norme ou des normes constitutionnelles » à la place de l'expression « établir une constitution » et celle de « réviser une constitution ». A notre avis cette formulation exprime mieux le fait que le l'exercice du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé peut porter soit sur une seule disposition constitutionnelle, soit sur

l'ensemble de la constitution, à condition que le premier s'exerce en dehors du cadre constitutionnel, et le second dans ce cadre.

Alors, en remplaçant les expressions « établir une constitution » et « réviser une constitution » employées dans les définitions ci-dessus par celle d'« édicter une norme ou des normes constitutionnelles », nous pouvons redéfinir le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé comme suit :

- *Le pouvoir constituant originaire est le pouvoir d'édicter une norme ou des normes constitutionnelles en dehors du cadre constitutionnel.*

- *Le pouvoir constituant dérivé est le pouvoir d'édicter une norme ou des normes constitutionnelles suivant les règles prévues par la constitution à cet effet.*

* * *

Il convient de remarquer que dans notre définition, le seul critère de distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé est le cadre dans lequel ces pouvoirs s'exercent. Si ce cadre est celui qui est prévu par la constitution, il s'agit d'un pouvoir constituant dérivé, par contre si ce n'est pas le cas, il s'agit d'un pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, si l'on édicte une norme constitutionnelle par la mise en place de la procédure prévue par la constitution à cet effet, nous sommes en présence de l'exercice d'un pouvoir constituant dérivé. Par contre, si l'on édicte une norme constitutionnelle en dehors de cette procédure, nous sommes en présence d'un pouvoir constituant originaire.

Soulignons que ce critère est *un critère nécessaire et suffisant*. En effet, certains auteurs, tout en utilisant ce critère, font encore référence à d'autres éléments dans leurs définitions du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé.

1. Par exemple, plusieurs auteurs font référence aux *circonstances* dans lesquelles le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé s'exercent. Comme nous l'avons vu, Carré de Malberg distingue le pouvoir constituant originaire du pouvoir constituant dérivé par les *circonstances dans lesquelles ces pouvoirs s'exercent*. Selon lui, le pouvoir constituant originaire²¹¹ est celui qui s'exerce *dans les circonstances révolutionnaires*²¹², et le pouvoir constituant dérivé *dans les circonstances paisibles*²¹³. Ce critère a été repris également d'abord par

211. Rappelons que Carré de Malberg n'emploie pas l'expression « pouvoir constituant originaire » ni celle de « pouvoir constituant dérivé ». Voir *supra*, § 2, A, 1, a.

212. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.497. Carré de Malberg examine ce type de pouvoir constituant dans le titre « 444. Cas dans lesquels les changements de Constitution cessent d'être régis par le droit » (*Ibid.*, t.II, p.495-497).

213. *Ibid.*, p.497. Il étudie ce type du pouvoir constituant dans le titre « 445. Système juridique de la révision de la Constitution par l'organe régulièrement désigné à cet effet » (*Ibid.*, t.II, p.497-500).

Georges Burdeau²¹⁴, Roger Bonnard²¹⁵ et par la suite à peu près par tous les auteurs²¹⁶.

Nous ne considérerons pas la révolution comme un élément de définition du pouvoir constituant originaire, car nous définissons la révolution par l'exercice du pouvoir constituant originaire, et non pas le pouvoir constituant originaire par la révolution.

En effet, dans la conception positiviste, la révolution est définie comme la révision de la constitution en dehors de la procédure prévue par la constitution à cet effet. Par exemple Hans Kelsen définit la révolution comme

« toute modification de la Constitution ou tout changement ou substitution de Constitution... qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur »²¹⁷.

2. D'autre part, un critère quantitatif se retrouve, tantôt diffus, tantôt clairement exprimé, chez la plupart des auteurs qui adoptent la conception formelle. Selon eux, le pouvoir constituant originaire « a pour objet d'établir une nouvelle constitution »²¹⁸ et le pouvoir constituant dérivé est « le pouvoir de réviser une constitution déjà en vigueur »²¹⁹. En effet, cette distinction peut se résumer par le propos suivant :

« Autre chose est de faire une Constitution, autre chose est de rectifier une Constitution déjà établie »²²⁰.

Jacques Baguenard a exprimé d'une façon très claire ce critère de distinction :

214. Burdeau, *Essai d'une théorie de révision...*, *op. cit.*, p.80. G. Burdeau souligne que le pouvoir constituant originaire existe « après tous les mouvements révolutionnaires » (*Ibid.*, p.80).

215. Bonnard, *op. cit.*, p.49.

216. Voir *supra* note 48.

217. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.279. Dans cette conception, il est également indifférent que le changement ou la modification de la constitution « soit provoqué par un mouvement de masse du peuple, ou par un groupe très restreint d'individus. Une seule chose compte : c'est que la Constitution en vigueur est soit modifiée soit remplacée complètement par une nouvelle Constitution d'une façon autre que celle qu'elle prescrivait » (*Ibid.*).

218. Velu, *op. cit.*, p.140 ; Cadoux, *op. cit.*, t.I, p.134 : « On appelle pouvoir constituant originaire celui qui crée la Constitution... » ; Debbasch, *op. cit.*, p.92 ; Fabre, *op. cit.*, p.149 . Olivier Duhamel, « Pouvoir constituant » in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de -), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.777-778 ; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.115.

219. Velu, *op. cit.*, p.140. Fabre, *op. cit.*, p.150 : « Il [le pouvoir constituant dérivé] correspond au pouvoir constituant qui a pour objet de réviser la constitution en vigueur ». Cadoux, *op. cit.*, t.I p.134 : « On appelle le pouvoir constituant institué ou dérivé celui qui modifie une constitution déjà en vigueur » ; Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.53. Koubi et Romi, *op. cit.*, p.79 : Le pouvoir constituant dérivé est « un pouvoir destiné à s'occuper de 'la révision de la constitution' ».

220. E. de Gerlache in E. Huytens, *Discussions du Congrès national du Belgique, 1844-1845*, cité par Francis Delpérée, *Droit constitutionnel (Tome I: Les données constitutionnelles)*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 1987, p.80. C'est nous qui soulignons.

« Le pouvoir constituant peut être 'originaire' ou 'dérivé'. Il est originaire quand il entend édifier une *architecture nouvelle* ; il est dérivé quand il cherche à apporter des *retouches* à l'édifice »²²¹.

L'idée directrice de cette distinction est le volume des matières sur lesquelles le pouvoir constituant porte. S'il s'exerce sur l'ensemble de la Constitution, il est le pouvoir constituant originaire ; par contre, s'il apporte une « *modification partielle* »²²², il est le pouvoir constituant dérivé. Ainsi, selon ce critère, le pouvoir constituant dérivé est animé par l'idée de « *retouche* »²²³, de « *rectification* » et de « *réparation* »²²⁴.

Nous rejetons complètement ce critère quantitatif. En effet, pour nous, la quantité des normes constitutionnelles édictées par les pouvoirs constituants originaire et dérivé n'a aucune importance. Car, comme on l'a vu, nous définissons les pouvoirs constituants originaire et dérivé comme les pouvoirs d'édicter *une norme ou des normes constitutionnelles*. Nous avons déjà remarqué que l'objet des pouvoirs constituants originaire et dérivé peut être soit l'ensemble de la constitution soit une disposition de cette constitution. Par conséquent, le pouvoir constituant originaire peut édicter une seule norme constitutionnelle, alors que l'exercice du pouvoir constituant dérivé peut porter sur l'ensemble de la constitution. En d'autres termes, si une « *retouche* » a été faite en dehors du cadre constitutionnel, il y a ici l'exercice du pouvoir constituant originaire. Par contre, si la révision totale de la constitution a été faite par la mise en oeuvre de la procédure de révision constitutionnelle, il y a ici l'exercice du pouvoir constituant dérivé.

3. Certains auteurs, en définissant le pouvoir constituant originaire, font référence à la *création d'un Etat nouveau*²²⁵, ou au « *renouvellement de la fondation de l'Etat* »²²⁶.

Il est vrai que l'un des cas essentiels de l'apparition du pouvoir constituant originaire est la fondation d'un Etat nouveau. Cependant nous refusons tout référence à la fondation de l'Etat dans la définition du pouvoir constituant originaire. En effet définir le pouvoir constituant originaire par la création d'un Etat supposerait que l'Etat est fondé par la constitution. Ceci poserait quelques problèmes théoriques ainsi que l'acceptation d'une certaine théorie juridique sur l'Etat dont nous ne voulons pas discuter ici. D'ailleurs nous n'avons pas besoin d'inclure la création d'un Etat nouveau dans la définition du pouvoir constituant originaire. Pour nous, chaque fois que l'on édicte une norme constitutionnelle en

221. Baguenard, *op. cit.*, p.32. C'est nous qui soulignons.

222. Benoît Jeanneau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 1991, p.91.

223. Baguenard, *op. cit.*, p.32.

224. Geneviève Koubi et Raphaël Romi, *Etat, Constitution, loi*, La Garenne-Colombes, Editions de l'Espace européen, 1991, p.79 : « Le pouvoir constituant réparerait les failles d'une constitution antérieure, toujours en vigueur... ».

225. Chantebout, *op. cit.*, p.38-39 ; Turpin, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p.85 ; Jeanneau, *op. cit.*, p.75.

226. Gicquel, *op. cit.*, p.168.

dehors du cadre prévu par la constitution à cet effet, il y a le pouvoir constituant originaire. Peu importe que l'on fonde un Etat nouveau ou que l'on renouvelle la fondation d'un Etat existant, même si l'édiction des règles constitutionnelles en dehors du cadre constitutionnel, selon une certaine interprétation, impliquerait le renouvellement de la fondation de l'Etat.

4. Dans la définition du pouvoir constituant originaire, certains autres auteurs font référence à la *fondation d'un « nouvel ordre juridique »*²²⁷.

Il est vrai que dans plusieurs cas, le pouvoir constituant originaire fonde un ordre juridique nouveau tout entier. Cependant, selon notre définition, il y a pouvoir constituant originaire même si l'on édicte une seule disposition constitutionnelle en dehors du cadre constitutionnel. En effet, même dans ce cas, l'édiction d'une norme constitutionnelle en dehors du cadre constitutionnel impliquerait le changement de la norme fondamentale sur laquelle l'ordre juridique est fondé. Par conséquent on peut interpréter tout exercice du pouvoir constituant originaire comme un changement de l'ordre juridique. Cependant, une telle supposition poserait certains problèmes théoriques sur la définition de l'ordre juridique. C'est pourquoi, nous préférons ici ne pas faire référence à la création d'un nouvel ordre juridique dans notre définition du pouvoir constituant originaire. D'ailleurs nous n'avons pas besoin de cet élément dans notre définition, car la définition du pouvoir constituant originaire comme le pouvoir d'édicter des normes constitutionnelles en dehors du cadre constitutionnel est suffisant, et on peut en déduire le changement de la norme fondamentale sur laquelle l'ordre juridique est fondé.

5. Dans la définition du pouvoir constituant originaire, depuis Roger Bonnard plusieurs auteurs utilisent la formulation suivante : le pouvoir constituant originaire est le pouvoir d'établir une « constitution lorsqu'il n'y a pas ou qu'il n'y a plus de constitution en vigueur »²²⁸.

Cette formulation aussi implique l'idée de l'établissement d'une « nouvelle » constitution. Or, selon notre définition, le pouvoir constituant originaire peut édicter une seule disposition constitutionnelle sans toucher aux autres dispositions de la constitutionnelle. Nous avons déjà expliqué ce point.

6. Egalement, il y a des auteurs qui font référence au *vide juridique* dans leur définition du pouvoir constituant originaire²²⁹.

Nous aussi nous pensons que l'exercice du pouvoir constituant originaire implique l'existence d'un vide juridique. Cependant, nous préférons ne pas citer le vide juridique comme un élément de définition, parce qu'il n'est pas nécessaire pour la définition du pouvoir constituant originaire. En effet, on peut le déduire de notre définition, car, « édicter des normes constitutionnelles en dehors du cadre constitutionnel » veut dire « entrer dans le vide juridique ». Ainsi nous considérons

227. Pactet, *op. cit.*, p.71.

228. Bonnard, *op. cit.*, p.49. Voir par exemple Velu, *op. cit.*, p.140 ; Prélot et Boulouis, *op. cit.*, p.219.

229. Pactet, *op. cit.*, p.71 ; Ardant, *op. cit.*, p.72,

le vide juridique non pas comme un élément de la définition, mais comme une caractéristique de l'exercice du pouvoir constituant originaire.

7. Ensuite, certains auteurs définissent le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé par leurs *titulaires*. Selon eux, le pouvoir constituant originaire serait celui qui est détenu par le peuple²³⁰, alors que le pouvoir constituant dérivé peut être exercé par les organes constitutionnels.

Comme nous l'avons déjà remarqué, selon la conception positiviste, les titulaires de ces pouvoirs ne sont pas un élément de définition. D'ailleurs, le titulaire du pouvoir constituant originaire se détermine par les circonstances de force. Par conséquent, on ne peut juridiquement pas affirmer que le peuple est le titulaire du pouvoir constituant originaire.

8. Enfin certains auteurs distinguent le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé par le fait que le premier est un pouvoir « qui est directement exercé par le souverain », alors que le second est « mis en oeuvre par des organes que la constitution a établis »²³¹. En effet, la conception du pouvoir constituant originaire comme un pouvoir constituant exercé directement par le peuple souverain est très répandue dans la doctrine constitutionnelle française. Elle a été illustrée par la décision n° 62-20 du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1962²³². Elle se retrouve par conséquent à peu près dans tous les commentaires de cette décision. Nous allons voir cette décision dans la deuxième partie de notre thèse²³³. Mais notons que selon cette décision et selon la majorité de ses commentateurs, le peuple statuant par référendum n'est pas un pouvoir constitué, mais au contraire un pouvoir constituant²³⁴.

Pour nous, comme le montre la théorie formelle²³⁵, l'exercice direct ou indirect du pouvoir constituant par le peuple n'est pas un critère de distinction. Si le pouvoir constituant est exercé en dehors de la constitution nous sommes en présence d'un pouvoir constituant originaire. Par contre s'il est exercé dans le cadre de la constitution, il s'agit d'un pouvoir constituant dérivé, même s'il est exercé directement par le peuple souverain. En d'autres termes, selon notre définition, si le peuple souverain intervient dans la procédure de révision constitutionnelle suivant

230. Cadart, *op. cit.*, p.141 ; Jeanneau, *op. cit.*, p.90 ; Duhamel, *op. cit.*, p.777-778.

231. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.99. « Ne pas distinguer le pouvoir originaire directement exercé par le souverain des pouvoirs institués qui sont confiés à des organes créés par la constitution... » (*Ibid.*, p.100). En effet le président Lavroff considère le pouvoir constituant comme « l'expression directe de la souveraineté » (*Ibid.*, p.115-116).

232. C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire, Rec.*, 1962, p.27-28.

233. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2. A.

234. Voir par exemple Léo Hamon, Note sous la décision du 6 novembre 1962, *Recueil Dalloz*, 1963, p.399 ; François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, p.129. *Contra* : Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.441 ; Gérard Conac, « Article 11 », in Françoise Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.439.

235. Voir *supra*, § 2, A.

les règles de la constitution, il intervient à titre de pouvoir constituant dérivé, et non pas de pouvoir constituant originaire.

3. La confusion entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé et la nécessité de les distinguer

Comme on vient de le voir, le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé diffèrent par leur forme. Il faut donc examiner séparément ces deux pouvoirs constituants. Cependant, dans la doctrine constitutionnelle française, il y a toujours eu une certaine confusion entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Cette confusion a été signalée d'abord par Georges Burdeau dans sa thèse de doctorat soutenue en 1930²³⁶. Il a observé que « la doctrine traditionnelle, sous le terme unique de pouvoir constituant englobe deux notions tout à fait différentes »²³⁷.

En 1945, Guy Héraud aussi a observé que le pouvoir constituant originaire a été longtemps confondu par les juristes avec l'organe régulier de révision constitutionnelle²³⁸.

On peut constater que cette confusion persiste encore dans la doctrine du droit constitutionnel français. De plus depuis les jours de Georges Burdeau et de Guy Héraud, cette confusion a même gagné du terrain, car, aujourd'hui, elle ne se trouve pas seulement dans la doctrine, mais aussi dans la jurisprudence constitutionnelle. En effet cette confusion a été illustrée parfaitement par la décision n° 92-312 DC du Conseil constitutionnel du 2 septembre 1992. Dans cette décision, le Conseil a déclaré que « sous réserve... des limitations..., le *pouvoir constituant* est souverain »²³⁹. A propos de cette décision, certains auteurs soutient que le pouvoir constituant est limité et alors que d'autres pensent que le Conseil constitutionnel a affirmé dans cette décision le caractère illimité de ce pouvoir²⁴⁰. Comme on va le montrer plus tard, le Conseil constitutionnel confond ici le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé²⁴¹. On peut trouver également la même confusion à peu près chez tous les commentateurs de cette décision²⁴².

A notre avis, sans avoir fait une distinction claire entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé, on ne peut résoudre aucun problème concernant les conditions de leur exercice, car sur ce point, le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé diffèrent.

236. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.XIV, 79

237. *Ibid.*, p.78-79.

238. Héraud, *L'ordre juridique...*, *op. cit.*, p.2.

239. C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* (Maastricht II), 19^e considérant, *Rec.*, 1992, p.80.

240. Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2 (p.85-86).

241. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1.

242. Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2 (p.86).

Avant de terminer ce chapitre sur la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé, il convient de préciser les rapports (hiérarchiques ou non) qui existent d'une part entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé, et d'autre part entre le pouvoir constituant dérivé et d'autres pouvoirs constitués.

4. Le rapport entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé

Y a-t-il un rapport hiérarchique entre ces deux pouvoirs ? A notre avis, ce rapport peut être déterminé de deux points de vue différents : du point de vue de leur organisation et du point de vue de leur fonction.

a. Du point de vue de leur organisation

Du point de vue de leur organisation, de leur source, il y a un rapport hiérarchique entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Le pouvoir constituant dérivé se situe à un niveau *inférieur* au pouvoir constituant originaire. Comme on l'a déjà montré, le pouvoir constituant originaire est un pouvoir de fait, initial et autonome ; il tient sa puissance de lui-même ; non pas d'un autre pouvoir. Par contre, le pouvoir constituant dérivé est un pouvoir organisé par le pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, son organisation est prévue par la constitution qui est établie par le pouvoir constituant originaire. Il procède de la constitution et tient d'elle sa compétence²⁴³. En conséquence, du point de vue de sa source, le pouvoir constituant dérivé est *inférieur* au pouvoir constituant originaire, parce qu'il en dérive²⁴⁴.

C'est pourquoi il faut examiner *séparément* le pouvoir constituant dérivé et le pouvoir constituant originaire, quand il s'agit d'une question concernant leur organisation.

b. Du point de vue de leur fonction

Nous venons d'affirmer que le pouvoir constituant dérivé est inférieur au pouvoir constituant originaire. Il faut souligner que cette infériorité est uniquement du point de vue de son organisation. Cependant du point de vue de sa fonction, il n'existe aucune hiérarchie entre eux. Par sa fonction le pouvoir constituant dérivé

243. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.42.

244. En ce sens voir : Berlia, « De la compétence des assemblées constituantes », *op. cit.*, p.356 ; Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.41-43 ; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.277 ; Jorge Miranda, Intervention à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, sur « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle », in Thierry Di Manno, Ferdinand Mélin-Soucramanien et Joseph Pini, Le compte rendu de cette Table ronde, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 19, 1994, p.661.

est l'*équivalent* du pouvoir constituant originaire. Car il peut réviser la constitution qui est établie par le pouvoir constituant originaire. Il n'y a aucune différence de force juridique entre la règle initialement posée par le pouvoir constituant originaire et celle ultérieurement modifiée par le pouvoir constituant dérivé. Toutes les deux sont de même valeur juridique en tant que règles se trouvant dans la même constitution. En effet, nous avons déjà expliqué ce point plus haut sous le titre de *l'identité du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé*²⁴⁵. Alors du point de vue de sa fonction, le pouvoir constituant dérivé est identique au pouvoir constituant originaire.

Par conséquent il faut les examiner ensemble quand il s'agit d'un problème relevant de leur fonction.

5. Le rapport entre le pouvoir constituant dérivé et les autres pouvoirs constitués

Quelle est le rapport du pouvoir constituant dérivé avec les autres pouvoirs constitués, tels les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ? A notre avis, ce rapport aussi peut être déterminé de deux points de vue différents : du point de vue de leur organisation et du point de vue de leur fonction.

a. Du point de vue de leur organisation

Du point de vue de leur fonction, le pouvoir constituant dérivé et les autres pouvoirs constitués (pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) se trouvent sur un *pied d'égalité*. En effet, du point de vue de son organisation, comme on vient de l'expliquer, le pouvoir constituant dérivé est un *pouvoir constitué*, car il a été institué par le pouvoir constituant originaire. A cet égard, il est exactement comme les autres pouvoirs constitués, c'est-à-dire que son organisation et son fonctionnement sont définis dans la constitution par le pouvoir constituant originaire. Il se trouve juridiquement *sur le même plan* que les autres organes constitués²⁴⁶. Le pouvoir constituant dérivé et les autres pouvoirs constitués sont tous des organes *constitués*. Ils procèdent tous de la constitution, et tiennent d'elle leur compétence. Il n'y a aucune diversité de nature entre eux²⁴⁷. Par exemple de ce point de vue-là, le pouvoir constituant dérivé se trouve juridiquement sur le même plan que le pouvoir législatif ordinaire, car tous les deux prennent leur force de la constitution²⁴⁸.

245. *Supra*, § 3, A, 3.

246. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.219.

247. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.41.

248. En ce sens voir : Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.219.

b. Du point de vue de leur fonction

Cependant du point de vue de leur fonction, il y a un *rapport hiérarchique* entre le pouvoir constituant dérivé et les autres pouvoirs constitués. Le pouvoir constituant dérivé, étant lui-même un pouvoir « constitué », est *supérieur* aux autres pouvoirs constitués, car le pouvoir constituant dérivé exerce une *fonction constituante* sur les autres pouvoirs constitués. En modifiant les dispositions de la constitution qui les concernent, il peut déterminer leur destin. Par exemple, le pouvoir constituant dérivé peut à tout moment redéfinir l'organisation et le fonctionnement du pouvoir législatif ordinaire, parce que la règle posée par le pouvoir constituant dérivé occupe un rang supérieur à celle posée par le pouvoir législatif ordinaire. En d'autres termes, l'inégalité de puissance entre législateur constituant et législateur ordinaire est la traduction de la différence des rangs occupés par les règles qu'ils posent dans la hiérarchie des normes²⁴⁹.

En résumé, le pouvoir constituant dérivé, du point de vue de *son organisation*, est *équivalent* aux autres pouvoirs constitués, car lui aussi est un pouvoir « constitué » comme les autres. Mais du point de vue de *sa fonction*, il est *supérieur* aux autres pouvoirs constitués ; car la règle posée par le pouvoir constituant dérivé occupe un rang supérieur à celle posée par les autres pouvoirs constitués.

* * *

Nous avons employé jusqu'ici les expressions de « pouvoir constituant originaire » et de « pouvoir constituant dérivé ». Nous avons déjà remarqué que dans la doctrine il n'y a pas d'unanimité sur la terminologie. Nous avons également signalé qu'il y a une certaine confusion dans la doctrine constitutionnelle entre les deux types du pouvoir constituant. Pour éviter toute confusion, à partir de maintenant nous préférons utiliser l'expression de « pouvoir de révision constitutionnelle » à la place du « pouvoir constituant dérivé », alors que l'expression « pouvoir constituant originaire » est maintenue. Ainsi il n'y aura plus de risque de confondre ces deux pouvoirs à cause de leur appellation. D'ailleurs, il nous semble que l'expression « pouvoir de révision constitutionnelle » est une expression plus « positive » que le « pouvoir constituant dérivé », car au moins la moitié de cette expression (« révision constitutionnelle ») se trouve dans les textes constitutionnels.

249. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.40-41 ; *Id.*, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.219 ; Bonnard, *op. cit.*, p.49.

[Page laissée intentionnellement vide]

Deuxième chapitre

LES QUESTIONS PREALABLES

Avant de passer à l'examen des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, il convient d'abord de voir, ici, quelques questions préalables, telle que la question de la permanence du pouvoir constituant originaire (*Section 1*) et celle de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle est limité (*Section 2*).

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 1

LE POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE EST-IL PERMANENT ?

Dans cette section, nous allons examiner la question de la permanence du pouvoir constituant originaire. En effet, pour qu'il y ait des limites s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, il faut tout d'abord résoudre la question de savoir si le pouvoir constituant originaire est permanent, car, selon une thèse, la permanence de ce pouvoir ne permet pas l'existence même d'un pouvoir de révision constitutionnelle.

Dans la doctrine du droit constitutionnel, après avoir établi la distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle, se pose ensuite généralement une deuxième question : celle de la *permanence* du pouvoir constituant originaire¹. On peut constater que la vraie question qui se pose sous le titre de la *permanence* du pouvoir constituant originaire est en effet celle de savoir quelles relations s'établissent entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle du point de vue de leur existence réciproque. C'est pourquoi, il conviendrait de remplacer le titre de cette section² par le titre suivant : « *Les relations entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle du point de vue de leur existence réciproque* ». Cependant nous avons conservé le titre actuel, car il est d'un usage établi.

1. Voir par exemple Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.193-196 ; Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.100.

2. « *Le pouvoir constituant originaire est-il permanent ?* »

Voyons donc maintenant les relations entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle du point de vue de leur existence réciproque. De ce point de vue on peut envisager quatre types de relation³.

1. *Existence* du pouvoir constituant originaire et *inexistence* du pouvoir de révision constitutionnelle
2. *Inexistence* du pouvoir constituant originaire et *existence* du pouvoir de révision constitutionnelle
3. *Existence* du pouvoir constituant originaire et *existence* du pouvoir de révision constitutionnelle
4. *Inexistence* du pouvoir constituant originaire et *inexistence* du pouvoir de révision constitutionnelle

La dernière combinaison est mathématiquement possible, mais nous l'écartons de notre travail, car dans ce cas, il n'existera plus d'objet à examiner. Il nous reste alors les trois premières combinaisons.

Maintenant voyons comment se pose le problème *en termes juridiques*.

Dans le chapitre précédent, nous avons vu qu'il y a, d'une part, un pouvoir constituant originaire qui fait la constitution, et d'autre part, un pouvoir de révision constitutionnelle, qui est institué par cette constitution. Au niveau de l'*établissement* de la première constitution de l'Etat, il n'y a pas de problème, c'est le pouvoir constituant originaire qui va l'établir, par ailleurs il n'existe pas à ce moment de pouvoir de révision constitutionnelle. Mais les constitutions ne sont pas parfaites, elles ne sont pas des oeuvres éternelles, elles sont donc toujours révisables⁴. Ainsi au niveau de la *révision* de la constitution, une question surgit : *à quel pouvoir constituant appartient-il le droit de réviser la constitution ?* Car à ce niveau, il y a deux pouvoirs constituants : pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé (pouvoir de révision constitutionnelle)⁵.

Il y a théoriquement trois réponses probables à cette question, coïncidant avec les trois premières combinaisons ci-dessus.

Première réponse. – C'est le *pouvoir constituant originaire* qui a établi la constitution qui va la réviser. A chaque fois que l'on a besoin de réviser la constitution, c'est toujours le même pouvoir constituant souverain qui intervient. Par conséquent, dans cette réponse il n'y a pas de place pour un pouvoir de révision

3. En termes de logique, il s'agit de quatre combinaisons entre les éléments de l'*ensemble* = { *existence du pouvoir constituant originaire ; inexistence du pouvoir constituant originaire ; existence du pouvoir constituant dérivé ; inexistence du pouvoir constituant originaire* }.

4. Pour la nécessité de la révision constitutionnelle voir : Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Hamon et Troper *op. cit.*, p.80 ; Cadoux, *op. cit.*, t.I, p.149 Gicquel, *op. cit.*, p.179 ; Jeanneau, *op. cit.*, p.80-81.

5. Rappelons que nous utilisons dans le même sens les termes « pouvoir de révision constitutionnelle », « pouvoir constituant dérivé » et « pouvoir constituant institué ».

constitutionnelle. Cette réponse a été soutenue surtout à l'époque révolutionnaire par Sieyès comme la thèse de la *permanence* du pouvoir constituant originaire. Nous préférons utiliser l'expression « permanence exclusive » au lieu de « permanence » tout court. Car, d'une part, dans la troisième réponse aussi, le pouvoir constituant originaire est permanent, et d'autre part, cette thèse nie l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle. C'est pourquoi cette thèse peut être appelée aussi « la thèse de la négation de l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle ». Quel que soit l'appellation de cette thèse, notons qu'elle exprime la combinaison de « *l'existence du pouvoir constituant originaire et de l'inexistence du pouvoir de révision constitutionnelle* ».

Deuxième réponse. – Selon cette réponse, la constitution ne peut être révisée que par le *pouvoir de révision constitutionnelle*, ou selon la terminologie plus usitée par le pouvoir de révision constitutionnelle. Dans cette réponse, il n'y a pas de place pour un pouvoir constituant originaire permanent. Ainsi cette réponse soutient le *caractère momentané* du pouvoir constituant originaire. Une fois que le pouvoir constituant originaire établit la constitution, il disparaît pour laisser sa place au pouvoir de révision, ou il se transforme en pouvoir de révision constitutionnelle. Cette réponse a été soutenue par Rousseau et Frochet. Nous allons plus tard le voir comme « *la thèse de la disparition du pouvoir constituant originaire* ». Cette thèse coïncide avec la combinaison de « *l'inexistence du pouvoir constituant originaire et de l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle* ».

Troisième réponse. – Selon cette réponse, la constitution peut être révisée par le *pouvoir constituant originaire* ou par le *pouvoir de révision constitutionnelle*. Dans cette réponse, il y a la place pour les deux pouvoirs constituants. Ainsi cette réponse essaye de trouver un moyen terme entre les deux premières réponses extrêmes. Cette réponse a été soutenue par Georges Burdeau (dans son *Traité*), comme « *la thèse de la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant institué* ». Précisons que cette thèse exprime la combinaison de « *l'existence du pouvoir constituant originaire et de l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle* ».

Ainsi conformément à ces trois réponses, il y a trois thèses sur la question de la permanence du pouvoir constituant originaire.

Nous allons d'abord voir ces trois thèses en présence (§ 1), ensuite nous allons tenter de faire une appréciation générale de la problématique (§ 2).

§ 1. LES THESES EN PRESENCE

Comme on vient de le dire, conformément à ces trois réponses, il y a trois thèses opposées sur la question de la permanence du pouvoir constituant originaire. La première soutient la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire, ainsi qu'elle nie l'existence même d'un pouvoir de révision constitutionnelle (A). La deuxième thèse affirme la disparition du pouvoir constituant originaire (A). Enfin la troisième essaye de trouver un moyen terme entre ces deux premières thèses (C).

A. LA THESE DE LA PERMANENCE EXCLUSIVE DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE

Rappelons d'abord que cette thèse correspond à la combinaison de « l'existence du pouvoir constituant originaire et de l'inexistence du pouvoir de révision constitutionnelle ». Nous allons d'abord voir l'exposé (1), ensuite les critiques adressées à cette thèse (2).

1. Exposé

Selon cette thèse, à chaque fois que l'on a besoin de modifier la constitution, c'est le même pouvoir constituant originaire qui intervient. Par conséquent, entre l'établissement d'une nouvelle constitution et la révision d'une constitution en vigueur, il n'y a aucune différence de nature. C'est toujours le même pouvoir constituant souverain qui apparaît. De ce fait, on ne peut prévoir aucune règle juridique pour la révision constitutionnelle. Le pouvoir constituant qui a établi la constitution est donc *permanent*. Toutes les fois qu'il le juge nécessaire, il peut réviser la constitution comme il veut quand il le veut, libre de toutes formes juridiques, même par les procédés analogues à ceux qu'opèrent les révolutions et les coups d'Etat.

Ainsi cette thèse nie l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle. En d'autres termes, dans cette thèse « on élimine toute possibilité pour une constitution de prévoir utilement sa propre modification »⁶. Par conséquent, on peut logiquement affirmer que, selon cette thèse, la constitution ne peut et ne doit pas organiser sa révision. Si la constitution a organisé sa révision, « ce que l'on appelle pouvoir de révision ne saurait être qu'une parodie du pouvoir constituant véritable, celui-ci n'a qu'un visage, celui sous lequel il se révèle indépendamment de tout ordonnancement étatique, qu'un titulaire, celui qui apparaît dans son exercice originaire »⁷.

Cette thèse a été soutenue à l'époque révolutionnaire par Sieyès⁸. Selon lui, le *pouvoir constituant du peuple est libre de toutes formes juridiques*⁹, car la souveraineté populaire réside dans le pouvoir constituant du peuple. Une constitution est intangible à l'égard des pouvoirs constitués¹⁰, mais elle ne peut pas lier la

6. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.191.

7. *Ibid.*, p.190.

8. Notons tout de suite que cette thèse a été soutenue par Sieyès dans la première période de sa vie. Comme on va le voir plus tard (*infra*, § 1, A, 2) dans la deuxième période de sa vie, la pensée de Sieyès a évolué vers la deuxième thèse, c'est-à-dire celle de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué.

9. Pour l'exposé et la critique de la doctrine de Sieyès sur un pouvoir constituant libre de toutes formes voir Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op.cit.*, p.8-22.

10. « Le gouvernement n'exerce un pouvoir réel qu'autant qu'il est constitutionnel ; il n'est légal qu'autant qu'il est fidèle aux lois qui lui ont été imposées » (Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.182) « La volonté nationale, au contraire, n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité » (*Ibid.* ch.V, Edition de

nation de laquelle elle émane. Ainsi le peuple a le droit originaire de réviser ses institutions en dehors des procédures prévues par la constitution¹¹.

Sieyès place la nation dans l'*état de nature*, telle qu'elle est conçue par Rousseau, pour les individus. « On doit, dit Sieyès, concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lien social ou, comme l'on dit, dans l'état de nature »¹². La nation se forme par seul droit naturel¹³.

« Le gouvernement, au contraire ne peut appartenir qu'au droit positif. La nation est tout ce qu'elle peut être par cela seul qu'elle est. Il ne dépend point de sa volonté de s'attribuer plus ou moins de droits qu'elle n'en a »¹⁴.

De ces idées, Sieyès dégage une double conséquence¹⁵.

Premièrement, *la nation ne peut être soumise à aucune constitution*¹⁶.

« Qu'on nous dise, demande Sieyès, d'après quelles vues, d'après quel intérêt on aurait pu donner une constitution à la nation elle-même. La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle, il n'y a que le droit naturel »¹⁷.

Deuxièmement, *la nation est libre et indépendante de toutes formes juridiques pour changer sa constitution*. C'est-à-dire que la nation n'est pas liée par les procédures de révision constitutionnelle prévues dans la constitution. Elle peut exercer son pouvoir constituant en dehors de formes préétablies par la constitution.

« L'exercice de la volonté des nations, dit Sieyès, est libre et indépendant de toutes formes civiles. N'existant que dans l'ordre naturel, leur volonté, pour sortir tout son effet, n'a besoin de porter les caractères *naturels* d'une volonté. De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême. [...] Une nation ne sort jamais de l'état de nature, et au milieu de

Zapperi, *op. cit.*, p.182). « Elle [la constitution] n'est relative qu'au gouvernement » (*Ibid.*, ch.V, Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.181). « Le gouvernement... ne peut appartenir qu'au droit positif » (*Ibid.*, Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.181). « On sent donc la double nécessité de soumettre le gouvernement à des formes certaines, soit intérieures, soit extérieures, qui garantissent son aptitude à la fin pour laquelle il est établi et son impuissance à s'en écarter » (*Ibid.* ch.V, Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.180).

11. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op.cit.*, p.9.

12. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.183).

13. « S'il lui avait fallu attendre, pour devenir une nation, une manière d'être positive, elle n'aurait jamais été » (*Ibid.*, ch. V, Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.181).

14. *Ibid.* ch.V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.181-182).

15. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op.cit.*, t.II, p.521.

16. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.181).

17. *Ibid.*, ch. V (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.180). C'est nous qui soulignons. Voir encore en ce sens : « La volonté nationale... n'a pas besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine encore de toute légalité » (*Ibid.*, ch.V, p. 182). « Non seulement la nation n'est pas soumise à une constitution, mais elle ne peut pas l'être, mais elle ne doit pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas » (*Ibid.*) « Elle ne peut l'être. De qui en effet, aurait-elle pu recevoir une forme positive ? Est-il une autorité antérieure qui ait pu dire à une multitude d'individus : 'je vous réunis sous telles lois ; vous formerez une nation aux conditions que je vous prescris' ? Nous ne parlons pas ici brigandage ni domination, mais association légitime, c'est-à-dire, volontaire et libre » (*Ibid.*, ch.V, p.181).

tant de périls elle n'a jamais trop de toutes les manières possibles d'exprimer sa volonté. Ne craignons point de le répéter : Une nation est indépendante de toute forme ; et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paroisse, pour que tout droit positif cesse devant elle comme devant la source et le maître suprême de toute droit positif »¹⁸.

Sieyès reproduira ces principes devant le comité de Constitution de l'Assemblée nationale, dans son « Exposition raisonnée » du 20 juillet 1789 :

« le pouvoir constituant... n'est point soumis d'avance à une Constitution donnée. La nation, qui exerce alors le plus grand, le plus important de ces pouvoirs, doit être dans cette fonction, libre de toute contrainte, et de toute forme, autre que celle qu'il lui plaît d'adopter »¹⁹.

Notons que Sieyès préconise le régime représentatif en matière constituante. Mais il fait une distinction entre la représentation ordinaire et la représentation d'ordre constituant²⁰. Cependant dans la doctrine de Sieyès cette représentation extraordinaire n'est soumise à aucune forme, pour changer la constitution. En d'autres termes, Sieyès étendait cette même liberté absolue de la nation d'être indépendante de toute forme aux représentants extraordinaires de la nation. La représentation extraordinaire « n'est soumise à aucune forme en particulier ; elle s'assemble et délibère comme ferait la nation elle-même. »²¹. Ceci parce que cette représentation extraordinaire remplace la nation dans son indépendance de toutes formes constitutionnelles.

Après avoir ainsi expliqué la thèse de la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire sur la doctrine de Sieyès, maintenant voyons la critique de cette thèse.

18. *Ibid.*, ch.V (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.183). En ce sens citons encore les paragraphes suivants : « Il serait ridicule de supposer la nation liée elle-même par les formalités ou par la constitution auxquelles elle a assujetti ses mandataires » (*Ibid.*, ch.V, Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.181).

« Dira-t-on qu'une nation peut, par un premier acte de sa volonté à la vérité indépendant de toute forme, s'engager à ne plus vouloir à l'avenir que d'une manière déterminée ? D'abord, une nation ne peut ni aliéner, ni s'interdire le droit de vouloir, et quelle que soit sa volonté, elle ne peut pas perdre le droit de la changer dès que son intérêt l'exige. En second lieu, envers qui cette nation se serait engagée ? Je conçois comment elle peut *obliger* ses membres, ses mandataires, et tout ce qui lui appartient ; mais peut-elle en aucun sens s'imposer des devoirs envers elle-même ? Qu'est-ce qu'un contrat avec soi-même ? Les deux termes étant la même volonté, on voit qu'elle peut toujours se dégager du prétendu engagement.

Quand elle le pourrait, une nation ne doit pas se mettre dans les entraves d'une forme positive. Ce serait s'exposer à perdre sa liberté sans retour, car il ne faudrait qu'un moment de succès à la tyrannie, pour dévouer les peuples, sous prétexte de constitution, à une forme telle, qu'il ne leur serait plus possible d'exprimer librement leur volonté et par conséquent de secouer les chaînes du despotisme » (*Ibid.*, ch.V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.182-183).

19. *Archives parlementaires*, t.VIII, p.259, cité par Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op.cit.*, t.II, p.523.

20. Voir Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.184-186) ; Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op.cit.*, p.10 ; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, t.II, p. 525, 528-529.

21. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.186).

2. Les critiques adressées à cette thèse²²

Plusieurs critiques sont adressées à cette thèse.

1. Tout d'abord Esmein note que les idées de Sieyès

« n'étaient pas neuves. Elles avaient été développées bien auparavant, au profit du souverain, alors que la souveraineté résidait dans un monarque. Ici on transportait au peuple souverain ce qui avait été établi pour le souverain monarque »²³.

2. Ensuite, comme l'observe Georges Burdeau, « placée dans le cadre où elle a pris naissance, la théorie de Sieyès se justifiait par un puissant motif d'*opportunité* »²⁴. En effet, cette théorie est en parfaite harmonie avec les idées dominantes de son époque. « Parmi les nuées révolutionnaires qui contribuèrent à assombrir l'horizon juridique, ce pouvoir absolu et indépendant de toute forme reconnu à la nation pour la révision de sa constitution est parfaitement à sa place »²⁵. En d'autres termes, comme le constate Massimo Luciani, l'idée d'un pouvoir constituant, comme pouvoir illimité, a été élaborée au début de la révolution française comme un instrument constitutionnel pour réaliser, et légitimer les grandes transformations sociales et politiques de l'époque²⁶. En ce qui concerne le caractère opportuniste de cette thèse, on peut avec Georges Burdeau noter que « c'est elle également qu'invoquent les milieux politiques pour s'affranchir des règles fixées par la procédure révisionniste »²⁷.

22. Notre appréciation sur cette thèse se trouve plus bas (§ 2, A).

23. Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e édition revue par Henry Nézard, Paris, Sirey, 1927, t.I, p.609-610. En ce sens Léon Duguit note que « la Révolution... a substitué le droit divin des peuples au droit divin des rois. C'est profondément vrai. Elle a proclamé la souveraineté de la nation avec la même foi religieuse que les fervents de la monarchie affirmaient la souveraineté du roi. La souveraineté nationale est devenue une sorte de mythe religieux et c'est à la faveur de ce caractère qu'elle a eu dans le monde une prodigieuse action » (Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie fontemoing, 3^e édition, 1927, t. I, p.155).

En ce sens voir encore Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op.cit.*, p.37 : « La Révolution a proclamé la souveraineté de la nation et son droit imprescriptible de modifier l'acte constitutionnel avec une foi d'autant plus fervente qu'elle sentait la nécessité de substituer au droit divin des rois un droit des peuples qui tire sa valeur d'une vérité religieuse aussi profonde que celle d'où, la veille encore, le monarque puisait la toute puissance de ces décisions ».

24. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.* p. 17. « C'est elle également qu'invoquent les milieux politiques pour s'affranchir des règles fixées par la procédure révisionniste » (Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.191).

25. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.17.

26. Massimo Luciani, « La revisione costituzionale in Italia », in *La révision de la constitution* (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes) Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1993, p.116-137 (Jean-Claude Escarras, « Présentation du rapport italien de Massimo Luciani », in *La révision de la constitution*, *op. cit.*, p.113).

27. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.191.

3. Georges Burdeau, dans sa thèse de doctorat, souligne que « toute la théorie de Sieyès est viciée par une erreur initiale, celle de placer l'idée d'un droit naturel²⁸ à la base de l'oeuvre constitutive, en ne reconnaissant à la constitution d'autre fondement que ce droit absolu antérieur à l'Etat »²⁹. Selon Georges Burdeau,

« sans doute il existe des normes de morale supérieure au droit positif, mais elles ne sauraient être érigées en préceptes juridiques. Toutes les théories qui procèdent de la croyance en un pacte social commettent la même erreur qui est de vouloir enfermer dans une construction juridique les événements d'où sont sorties la fondation et l'organisation de l'Etat. Du moment, en effet, que le Droit est un ensemble de règles applicables aux individus vivant sur un territoire déterminé, règles dont le respect est assuré par une autorité capable de faire valoir la force de contrainte qui leur est inhérente, il est difficile de rechercher hors de l'Etat cette autorité puisqu'elle est probablement l'autorité étatique »³⁰.

4. Georges Burdeau précise encore que l'idée d'un pouvoir constituant inconditionné et permanent repose sur le dogme de l'inaliénabilité de la souveraineté du peuple. En d'autres termes,

« derrière la puissance constitutive du peuple, il y a la souveraineté populaire qui l'étaie et l'entraîne, l'une sans l'autre n'est rien : la souveraineté du peuple s'affirme en ce que c'est lui qui constitue les autorités représentatives et leur pouvoir. Ainsi la reconnaissance de la puissance constitutive absolue de la nation reçoit sa signification parfaite lorsqu'on l'envisage comme devant être le signe le plus manifeste de la souveraineté. Là est sa véritable portée, sa raison d'être, mais aussi sa faiblesse »³¹.

Il y a aussi d'autres auteurs qui voient un lien entre la notion de pouvoir constituant et celle de souveraineté. Par exemple, Walter Leisner, dans sa thèse de doctorat, identifie le pouvoir constituant à la souveraineté. Selon lui, « la principale manifestation de la souveraineté en droit interne est le pouvoir constituant »³². Et il examine les théories de la souveraineté au lieu du pouvoir constituant. Plus récemment encore Olivier Beaud défend qu'il existe un lien fondamental entre la souveraineté et le pouvoir constituant³³. Selon l'auteur, « d'un côté la souveraineté de l'Etat se caractérise par la monopolisation du droit positif et, de l'autre, la forme moderne de cette souveraineté est la détention du pouvoir constituant par le peuple »³⁴.

En établissant ainsi un lien entre la souveraineté et le pouvoir constituant, on peut parler de la « souveraineté constitutive du peuple » au lieu du « pouvoir constituant originaire ». Mais dans ce cas, on revient au débat classique sur la

28. Par exemple voir Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.180, 181, 183).

29. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.16.

30. *Ibid.*, p.17.

31. *Ibid.*, p.36. C'est nous qui soulignons.

32. Walter Leisner, *Le pouvoir constituant*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de Droit, Mai 1956, dactyl., p.112.

33. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.208, 319-328, 442, 455 ; *Id.*, Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1045 ; *Id.*, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.14-17 ;

34. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1047.

souveraineté, et par conséquent on peut aussi transposer les critiques adressées à la notion de souveraineté à celle de pouvoir constituant.

Ainsi avec Georges Burdeau, on peut dire que le dogme de la souveraineté populaire qui se trouve derrière le pouvoir constituant originaire du peuple, « *reste une affirmation juridiquement sans valeur* »³⁵. Sans entrer dans les détails, donnons la critique adressée par Léon Duguit à la notion de souveraineté. Selon l'auteur, quand on parle de l'origine de la souveraineté,

« il faut expliquer... comment dans un groupe humain donné, il y a certains individus qui peuvent légitimement imposer leur volonté comme telle aux autres individus, mettre légitimement en mouvement une puissance de contraindre irrésistible, déterminer les cas dans lesquels ils peuvent la mettre en mouvement, comment il y a dans une société donnée certaines volontés qui ont légitimement le privilège de ne se déterminer que par elles-mêmes, le pouvoir d'adresser des commandements inconditionnés aux autres volontés »³⁶.

Selon Duguit,

« on discute ce problème depuis des siècles, et... cependant la solution n'a pas avancé d'un pas. La raison en est que le problème est insoluble. Pour le résoudre, en effet, il faudrait démontrer que certaines volontés terrestres sont d'une essence supérieure à certaines autres. Dans le langage courant, on peut bien parler d'ordre, de commandement ; mais si l'on réfléchit, on s'aperçoit que pour qu'il y ait un commandement, il faut nécessairement que la volonté qui commande ait une supériorité de nature sur les volontés auxquelles s'adresse le commandement. Cette supériorité ne peut exister au profit d'une volonté humaine sur une autre volonté humaine. Rien, en effet, ne nous permet d'affirmer qu'une volonté humaine est supérieure à une autre volonté humaine. Rien ne nous permet de dire qu'une volonté même collective (si l'on admet l'existence de volontés humaines collectives) est supérieure à une volonté humaine individuelle »³⁷.

Léon Duguit note que l'on peut probablement expliquer « la souveraineté par l'intervention d'une puissance surnaturelle »³⁸. Mais « il est absolument impossible d'expliquer humainement la souveraineté de l'Etat. C'est... le vice irrémédiable de toutes les doctrines démocratiques qui veulent expliquer humainement la souveraineté »³⁹.

En conséquence selon Duguit, les deux explications (divine et humaine) qu'on donne à l'origine de la souveraineté

« sont aussi artificielles et chimériques l'une que l'autre. Dire que la puissance publique est de création divine, ou dire qu'elle est de création populaire, sont deux affirmations de

35. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p. 37.

36. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 3^e éd., t.I, p.551.

37. *Ibid.* ainsi que p.650 : « En admettant qu'il y ait une volonté de la collectivité personnifiée, cette volonté est toujours une volonté humaine et on ne comprend pas pourquoi cette volonté collective est supérieure aux volontés humaines et qu'on ne peut pas démontrer qu'une volonté humaine soit supérieure à une autre volonté humaine ».

38. *Ibid.*, 552. Selon Duguit, c'est une explication logique, mais non scientifique (*Ibid.*).

39. *Ibid.*, p.552-553.

même ordre et de même valeur, c'est-à-dire de valeur égale à zéro, parce qu'elles sont aussi indémontrées et indémontrables l'une que l'autre »⁴⁰.

Dans sa thèse de doctorat, Georges Burdeau, après avoir critiqué la notion de souveraineté⁴¹ fait la conclusion suivante :

« Des lors, si le concept de souveraineté populaire est impuissant à légitimer la puissance étatique, *le pouvoir constituant inconditionné de la nation que l'on avait fait intervenir comme essentiel à cette souveraineté devient une notion inutile et encombrante* »⁴².

Ainsi selon Georges Burdeau, en organisant la procédure de révision, le peuple abdique son pouvoir constituant illimité. Ainsi, la nation entre dans un état de droit, en sortant de l'état de nature. Désormais le peuple ne peut plus logiquement user de son pouvoir constituant illimité, parce qu'il l'a abdiqué⁴³.

D'ailleurs il y a d'autres auteurs qui critique la thèse de la permanence du pouvoir constituant inconditionné. Par exemple selon Massimo Luciani,

« l'idée que le pouvoir souverain est unitaire et que son titulaire est aussi unitaire et individualisé... est actuellement difficilement perceptible dans les systèmes de démocratie pluraliste »⁴⁴. Car, d'une part, « le peuple se sert d'une expression qui fait référence à une pure fiction juridique : il n'existe pas de sujet unitaire qualifié de ce nom, alors qu'existe la réalité des divisions sociales, économiques, culturelles, etc. D'autre part, aujourd'hui la souveraineté apparaît pulvérisée et dispersée, si bien qu'il est devenu plus difficile d'individualiser 'des actes de souveraineté' particuliers plutôt que la souveraineté en elle-même et par elle-même »⁴⁵.

5. La critique la plus destructive adressée à la thèse de Sieyès se concentre, sans doute, sur le fait que *cette thèse n'est pas conciliable avec un ordre juridique stable*⁴⁶. L'intervention d'un pouvoir constituant libre de toutes formes n'assure à l'Etat aucune stabilité et conduit à une agitation révolutionnaire chronique⁴⁷. A chaque fois que l'on a besoin de réviser la constitution, on ne peut pas admettre que la constitution puisse être révisée par le pouvoir constituant originaire, en utilisant les procédés extra-juridiques analogues à ceux qu'opèrent les révolutions et les coups d'Etat⁴⁸. Il est évident qu'une telle solution pourrait conduire à l'anarchie dans l'ordre constitutionnel. Georges Burdeau note que dans cette solution, « c'est la stabilité des institutions qui est compromise puisque, dès qu'il s'agira de les retoucher, il faudra faire appel au pouvoir originaire dont les réactions sont souvent brutales et toujours imprévues »⁴⁹.

40. *Ibid.*, p.649.

41. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.36-37.

42. *Ibid.*, p.37. C'est nous qui soulignons.

43. *Ibid.*, p.39-40.

44. Luciani, « La revisione costituzionale in Italia », *op. cit.*, p.116-137 (Escarras, « Présentation du rapport italien de Massimo Luciani », *op. cit.*, p.113).

45. *Ibid.*, p.113.

46. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.34-35, 39,

47. *Ibid.*, p.44.

48. *Ibid.*, p.38.

49. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.191.

Esmein refuse toute idée de Sieyès en disant que la conséquence de telle doctrine

« ce n'est pas autre chose qu'une action révolutionnaire reconnue légitime et presque en permanence ; mieux vaudrait cent fois le système qui permet au législateur de statuer librement en toutes matières »⁵⁰.

Comme le montre Paul Bastid, le raisonnement de Sieyès « maintient au cœur même de la société politique comme un foyer permanent d'insurrections possibles »⁵¹. Comme on l'a déjà cité, Sieyès déclare formellement qu'« on doit concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lien social, ou comme l'on dit dans l'état de nature »⁵². Bref, la thèse de Sieyès est une thèse proprement révolutionnaire.

6. Ensuite les auteurs notent que la thèse de Sieyès n'a pas été retenue par le droit positif. Car si la thèse de la permanence du pouvoir constituant originaire telle qu'elle est défendue par Sieyès avait été acceptée, les constitutions ne devraient pas comporter les règles prévoyant leur révision. Puisque presque toutes les constitutions écrites prévoient et organisent leur révision, cela signifie qu'il existe un pouvoir constituant institué chargé de révision constitutionnelle. Par conséquent les constitutions n'acceptent pas le droit originaire du peuple à la révision de sa constitution en dehors des procédures prévues par celle-ci à cet effet. Comme le disait Louis Dupraz, « la simple présence de normes de révision dans une constitution... atteste le fait de l'institutionnalisation du pouvoir constituant »⁵³. L'existence des règles de révision signifie l'organisation d'un pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi en déterminant les procédures de leur révision, les constitutions créent un pouvoir de révision. Ce pouvoir, puisqu'il est créé et réglementé par la constitution, est un pouvoir constitué.

A titre d'exemple citons les deux premières constitutions du Monde. La Constitution américaine de 1787 régit sa révision dans son article V. Ainsi l'article premier du titre VIII de la Constitution française de 1791 stipule 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*⁵⁴, du droit d'en reformer les articles dont l'expérience avait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de Révision en la forme suivante ».

Comme on le voit, les deux premières Constitutions, ainsi que les suivantes, en organisant la procédure de leur révision, ont rejeté la thèse de la permanence

50. Esmein, *op. cit.*, t. I, p.610.

51. Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, (Nouvelle édition revue et augmentée) 1970, p.392.

52. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.183).

53. Louis Dupraz, « De l'initiative en révision de la Constitution dans les Etats suisses », *Revue du droit suisse*, 1956, II, p.380 cité par Rigaux, *op. cit.*, p.38.

54. C'est nous qui soulignons.

exclusive du pouvoir constituant originaire, et ont attribué la tâche de leur révision à une autorité qu'elles ont instituée.

7. Enfin, il faut remarquer que la pensée de Sieyès a été évaluée sur ce point. En effet Sieyès lui-même a tempéré ses idées sur le pouvoir constituant libre de tout forme. Comme l'a bien montré Paul Bastid, « *il y a deux phases dans la vie de Sieyès. Révolutionnaire intransigeant dans la première période, par la suite, soucieux d'ordre et de stabilité* »⁵⁵.

La doctrine révolutionnaire que nous avons vue en haut, comme le constate Paul Bastid,

« se modifiera avec les années. De plus en plus Sieyès s'apercevra que c'est surtout dans les fondements de l'édifice constitutionnel qu'il convient d'assurer la stabilité. Quant à l'exacte observation des compétences à l'intérieur de la constitution établie, il va chercher s'il n'y a pas moyen de la garantir autrement que par l'intervention redoutable d'un pouvoir régulateur, lui-même soustrait à toute règle »⁵⁶.

Et c'est dans cette recherche qu'il rencontrera l'idée de son *Jury constitutionnaire*⁵⁷, doté de certaines attributions constituantes, chargé de préparer l'amélioration des lois fondamentales en même temps que d'assurer leur stricte observation⁵⁸. Cependant, ce *Jury constitutionnaire*, comme le montre Paul Bastid,

« n'est lui-même qu'une institution établie par les textes fondamentaux et soumise dans l'exercice de ses prérogatives aux formes que ces textes prévoient. *Ce n'est*, comme nous dirions aujourd'hui, *qu'un pouvoir constituant institué, dérivé*. Toujours est-il que, dans le discours du 2 thermidor, le pouvoir constituant de la nation s'estompe dans le lointain. Après avoir exalté la distinction des pouvoirs constituants et des pouvoirs constitués, Sieyès déclare qu'on n'en a pas tiré tout le parti qu'elle comportait. Il est donc temps d'en faire un meilleur usage, c'est-à-dire un usage plus restreint, en organisant le jury constitutionnaire »⁵⁹.

On se rapproche ainsi de la deuxième fonction et de la deuxième utilité du pouvoir constituant. Celui-ci doit être considéré dans ses effets aussi bien que dans son origine. Dire qu'il y a un pouvoir constituant supérieur aux pouvoirs constitués, ce n'est pas seulement affirmer la puissance inconditionnée de l'autorité nationale et entretenir la flamme révolutionnaire derrière les institutions existantes, c'est aussi maître à l'abri de violations accidentelles accomplies par des autorités subalternes certaines règles fondamentales, favorables en l'espèce à la liberté, puisque l'autonomie de l'individu est le principe même et la raison d'être de l'Etat⁶⁰.

55. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, *op. cit.*, p.392. C'est nous qui soulignons.

56. *Ibid.*, p.393. C'est nous qui soulignons.

57. « Partageant le pouvoir constituant avec les assemblées primaires et les Anciens, le Jury constitutionnaire est une assemblée de 108 membres, renouvelable par tiers chaque année aux mêmes époques que le Corps législatif. Il propose un cahier de réforme dont les Anciens peuvent d'ailleurs rejeter les propositions à condition de motiver leur refus, mais ils ne peuvent pas leur en substituer d'autres » (Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.193, note 50).

58. Paul Bastid, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, Coll. « Classiques », 1985, p.142.

59. *Ibid.*

60. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, *op. cit.*, p.394.

Ainsi « l'affirmation qu'un peuple a toujours le droit de revoir et de reformer sa constitution recule-t-elle peu à peu au second plan. Formulée avec énergie en 1789, elle ne joue plus aucun rôle en l'an III »⁶¹.

En conclusion, comme le remarque Paul Bastid, « considérée de ce point de vue, la constitution n'est plus l'expression momentanée d'une force révolutionnaire permanente. Elle représente au contraire une vertu d'ordre et de stabilité »⁶². En conséquence, on peut avec Georges Burdeau dire que, l'évolution de la pensée de Sieyès s'achève par le transfert du pouvoir originaire à un pouvoir institué⁶³.

Nous arrivons ainsi à la thèse la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué, autrement dit celle de la disparition du pouvoir constituant originaire.

B. LA THESE DE LA DISPARITION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE (LA THESE LA TRANSFORMATION⁶⁴ DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE EN POUVOIR CONSTITUANT INSTITUTE)⁶⁵

Cette thèse correspond à la combinaison de « l'*inexistence* du pouvoir constituant originaire et de l'*existence* du pouvoir de révision constitutionnelle ». Nous allons d'abord voir l'exposé ensuite la critique de cette thèse.

1. Exposé

Cette thèse soutient le *caractère momentané* du pouvoir constituant originaire. Le pouvoir constituant originaire, après avoir établi la constitution, doit *disparaître*⁶⁶ pour laisser la place au pouvoir de révision, ou au moins doit *se transformer* en pouvoir constituant institué. En d'autres termes, « dès que la Constitution est établie... s'efface le pouvoir constituant originaire et... naît le pouvoir constituant institué »⁶⁷. Bref, le pouvoir constituant originaire s'épuise dans le premier usage.

61. *Ibid.*, p.395.

62. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

63. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.193-193.

64. A la place du terme « transformation », on peut utiliser également celui de « transmutation ». Selon Georges Burdeau, ici, il serait plus exact de dire : la « *dégénérescence* » (Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.193).

65. Cette thèse peut aussi être appelée « la thèse du caractère momentané du pouvoir constituant originaire » ou « la thèse du transfert du pouvoir originaire à un pouvoir institué ».

66. « On parle du pouvoir constituant comme s'il était toujours présent. Quand la constitution d'un peuple est établie, le pouvoir constituant disparaît » disait Portalis (cité par Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p. XIII).

67. Koubi et Romi, *op. cit.*, p.78-79.

1. Selon cette thèse, la constitution peut et doit prévoir sa révision. Le principal argument de cette thèse consiste à dire que presque toutes les constitutions écrites⁶⁸ prévoient et organisent leur révision, cela signifie qu'il existe un pouvoir de révision institué par la constitution. Car, comme le disait Louis Dupraz, « la simple présence de normes de révision dans une constitution... atteste le fait de l'institutionnalisation du pouvoir constituant »⁶⁹. Et une fois que la constitution a organisé un pouvoir de révision constitutionnelle, elle ne peut être révisée que par ce pouvoir. En d'autres termes, le droit de réviser la constitution appartient seul au pouvoir de révision constitutionnelle, non pas au pouvoir constituant originaire. Ainsi, à chaque fois que l'on a besoin de modifier la constitution c'est le pouvoir de révision qui intervient, non pas le pouvoir constituant originaire qui a établi la constitution. C'est-à-dire qu'après avoir fait la première constitution, le pouvoir constituant originaire disparaît pour laisser sa place au pouvoir de révision constitutionnelle ou bien il se transforme en pouvoir constituant institué. En empruntant la métaphore de Georges Burdeau, on peut dire que le pouvoir constituant originaire « comme l'agave de Mistral qui meurt après avoir donné sa fleur, disparaît à partir du moment où il s'est épanoui dans l'oeuvre qui l'épuise »⁷⁰.

2. Cette thèse repose essentiellement sur la doctrine de Rousseau sur un pouvoir constituant lié par la procédure prévue par la constitution⁷¹ exposée dans les *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, comme l'autre thèse repose sur la doctrine de Sieyès.

Comme on le sait, Rousseau soutenait dans *Du contrat social*, que le peuple ne peut se lier par aucune loi fondamentale. « Il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple »⁷². Cependant dans les *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, il atténuait la rigueur de ce principe, en acceptant que la constitution peut exiger pour sa révision la mise en oeuvre d'une certaine procédure. Dans ce cas la constitution ne peut être révisée que par l'autorité et selon la procédure qu'elle détermine elle-même⁷³. C'est ce qui résulte de la citation suivante :

68. Si une constitution ne comporte pas les règles de révision, il doit en déduire qu'elle peut être révisée par une loi ordinaire. Car, la constitution est en dernier analyse une loi, et par conséquent elle est révisable comme toutes les autres lois. Et puisqu'elle n'a pas prévu une procédure spéciale pour sa révision, elle est révisable selon la procédure des lois ordinaires. Voir Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 2^e édition, 1947, p.288 : « Juridiquement, la Constitution est une loi ; or de par sa nature, la loi est un acte... modifiable ».

69. Louis Dupraz, « De l'initiative en révision de la Constitution dans les Etats suisses », *Revue du droit suisse*, 1956, II, p.380 cité par Rigaux, *op. cit.*, p.38.

70. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.42.

71. Pour l'exposé de cette doctrine, voir Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.23-33.

72. Rousseau, *Du contrat social*, liv.I, ch.VII (Edition établie par P. Burgelin, Paris, Flammarion, 1992, p.41).

73. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p. 23 ; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, t.II, p.531.

« Il faut bien peser et bien méditer les points capitaux qu'on établira comme des lois fondamentales, et l'on fera porter sur ces points seulement la force du *liberum veto*, De cette manière on rendra la constitution solide et ses lois irrévocables autant qu'elles peuvent l'être : car il est contre la nature du corps politique de s'imposer des lois qu'il ne puisse révoquer ; mais il n'est ni contre la nature ni contre la raison qu'il ne puisse révoquer ces lois qu'avec la même solennité qu'il mit à les établir. Voilà toute chaîne qu'il peut se donner pour l'avenir »⁷⁴.

3. Cette thèse a été particulièrement défendue par Georges Burdeau dans sa thèse de doctorat. Selon Georges Burdeau, l'attribution de la tâche de révision constitutionnelle à un seul pouvoir de révision organisé par la constitution elle-même peut assurer une vie juridique régulière et paisible⁷⁵. Dans cette solution, pour modifier la constitution, il n'y aura pas de lieu de sortir du droit. La constitution sera révisée selon la procédure prévue par celle-ci, c'est-à-dire sans solution de continuité⁷⁶.

Ainsi Georges Burdeau écarte le droit originaire du peuple de réviser sa constitution en dehors de tout ordre statutaire⁷⁷. Selon lui, la révision de la constitution aura lieu selon les formes prescrites par le droit positif⁷⁸. De plus, « on ne peut pas dire que le pouvoir de révision suppose et met en oeuvre un pouvoir constituant autonome dont le sujet serait la nation. C'est une fiction que de dire que le peuple manifeste sa volonté par l'intermédiaire de l'organe qui a statutairement compétence pour réviser la constitution : la révision est juridiquement organisée pour que l'ordre social soit maintenu, mais pour prix de cet ordre, le peuple a abdiqué l'indépendance constituante dont il jouissait lorsqu'il vivait dans une société inorganisée. La nation ayant accepté un état de droit ne peut plus légitimement user du pouvoir constituant qui était, et ne pouvait être en elle, qu'un pouvoir de fait ; elle s'en est dépouillée »⁷⁹.

4. Maryse Baudrez accepte que le peuple soit souverain et ait le droit de changer sa constitution. Néanmoins, d'après elle, le droit du peuple de changer sa Constitution doit être utilisé dans le cadre déterminé par la constitution⁸⁰. En d'autres termes, « le pouvoir constituant ne s'exerce pas hors constitution »⁸¹. Selon l'auteur,

74. Rousseau, *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, ch.IX (in *Ecrits politiques*, Edition par G. Mairet, Paris, Le Livre de Poche, 1992, p.452).

75. Voir en ce sens Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.44.

76. *Ibid.*

77. *Ibid.*, p.35.

78. *Ibid.*, p.38.

79. *Ibid.*, p.-40.

80. « Le droit du peuple de réviser sa Constitution n'est pas pour autant un droit qui s'exerce hors Constitution » (Maryse Baudrez et Jean-Claude Escarras, « La révision de la Constitution italienne : doctrine et complexité des faits », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.140).

81. *Ibid.*, p.141.

« admettre qu'il existe un droit originaire du peuple à la révision des institutions en dehors des procédures prévues par la constitution, revient à nier toute distinction entre le pouvoir constituant originaire et pouvoir de révision constitutionnelle ou plus exactement... entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, dans la mesure où l'on considère que le pouvoir constituant institué n'est, en réalité, lui-même qu'un pouvoir constitué supérieur. Or l'idée même de Constitution repose sur cette distinction entre pouvoirs constituant originaire et dérivé »⁸².

5. Comme le note Georges Burdeau, la thèse de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué a été soutenue par Frochot pour réfuter la doctrine de Sieyès sur un pouvoir constituant libre de toutes formes. « En effet, tandis que pour Sieyès la souveraineté de la nation impliquait son indépendance complète en matière constituante, pour Frochot, la même souveraineté permettait à la nation de fixer les formalités et la procédure à l'intérieure desquelles sera enfermé son exercice »⁸³. Frochot résumait avec une parfaite clarté cette thèse dans son discours prononcé devant l'Assemblée constituante en 1791 :

« La souveraineté nationale, a-t-on dit, ne peut se donner aucune chaîne ; sa détermination future ne peut être interprétée ou prévue, ni soumise à des formes certaines, car il est de son essence de prévoir ce qu'elle voudra. Eh bien! Messieurs, c'est précisément par un effet de sa toute puissance que la nation veut aujourd'hui en consacrant son droit, se prescrire à elle-même un moyen légal et paisible de l'exercer, et, loin de trouver dans cet acte une aliénation de la souveraineté nationale, j'y remarque au contraire un des plus beaux moments de sa force et de son indépendance... Il n'est pas une loi, depuis l'acte constitutionnel jusqu'au décret de police le moins important, qui ne soit en effet un engagement de la souveraineté nationale envers elle de vouloir telle chose de telle manière et non d'aucune autre... Garantir au peuple sa constitution contre lui-même, je veux dire contre ce penchant irrésistible de la nature humaine qui la porte sans cesse à changer de position pour un mieux chimérique ; garantir au peuple sa constitution contre les attaques des factieux, contre les entreprises de ses délégués ou de ses représentants ; enfin, donner au peuple souverain le moyen de réformer dans ses parties et même de changer dans sa totalité la constitution qu'il a jurée tel est, il me semble, Messieurs, le véritable objet de la loi qui nous occupe »⁸⁴.

En résumé, comme le montre Georges Burdeau, selon cette thèse, le pouvoir constituant, lorsqu'il est aménagé par la constitution, devient un pouvoir constitué. Et si la nation est liée par le fonctionnement des pouvoirs constitués, elle est aussi liée par l'organisation de la révision constitutionnelle telle qu'elle est réglée par la constitution elle-même. Bref selon cette thèse, *le pouvoir constituant se transforme en pouvoir institué du seul fait de son aménagement par la constitution*⁸⁵.

82. *Ibid.*

83. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.27.

84. *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t.XXX, p. 96 cité par Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.28. (Dans son *Traité*, il donne la référence suivante pour le même passage cité : « Séance du 3 septembre 1791, *Archives parlementaires*, p.187 et suiv. » voir Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.194, note 52).

85. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.194.

2. Les critiques adressées à cette thèse⁸⁶

Comme on l'a vu, Georges Burdeau, dans sa thèse de doctorat, soutient que le pouvoir constituant originaire disparaît après avoir établi la première constitution du pays. Cependant Georges Burdeau, dans son *Traité de science politique*, souligne qu'*il ne partage plus aujourd'hui cette opinion*⁸⁷. Voyons donc maintenant les raisons qui ont poussé Georges Burdeau à renoncer à la thèse de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué. En effet l'exposé de ces raisons sera la critique de cette thèse.

1. Selon Georges Burdeau, la thèse de la disparition du pouvoir constituant originaire n'est acceptable que si l'on admet d'abord que la constitution est une oeuvre parfaite qui peut durer éternellement. Car, si cela est vrai, une fois que la constitution est faite par un pouvoir constituant originaire, celui-ci peut disparaître, parce que la constitution est parfaite et qu'elle va durer éternellement, par conséquent on n'a plus besoin d'un pouvoir constituant originaire. Or, l'expérience historique nous apprend qu'aucune constitution ne saurait se prétendre éternelle. Par conséquent il n'est pas possible d'admettre que le pouvoir constituant originaire s'épuise dans le premier usage. Alors il subsiste⁸⁸.

2. D'après Georges Burdeau, la thèse de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué repose sur un syllogisme étayé lui-même par une pétition de principe. Voici le syllogisme :

- le pouvoir constituant, lorsqu'il est aménagé par la constitution, devient un pouvoir constitué
- la nation est liée par le fonctionnement des pouvoirs constitués ;
- donc, elle est liée par l'organisation de la révision réglée par l'acte constitutionnel.

Et voici la pétition de principe :

- le pouvoir constituant devient le pouvoir institué du seul fait de son aménagement par la constitution⁸⁹.

Selon Georges Burdeau,

« c'est ce qu'il faudrait prouver... et ce qui ne peut l'être, car ce n'est pas en faisant du pouvoir constituant un pouvoir constitué par son aménagement qu'on l'empêchera de demeurer constituant par son objet. Malgré son baptême il restera carpe... Et comme la majeure du syllogisme repose sur cette pétition de principe, c'est le syllogisme dans son ensemble qui s'effondre »⁹⁰.

3. Selon Georges Burdeau encore, la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constitué *porte atteinte à la souveraineté nationale*. Car, dans ce cas la nation sera liée par la décision de ce pouvoir constitué chargé de révision constitutionnelle. « Or, le *seul fondement valable de l'obligation où se trouve la*

86. Notre appréciation sur cette thèse se trouve plus bas (§ 2, B)

87. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.193.

88. *Ibid.*, p.193.

89. *Ibid.*, p.194.

90. *Ibid.*

nation de respecter la volonté des pouvoirs constitués, c'est la possibilité qu'elle conserve de les organiser différemment »⁹¹. Et d'après Georges Burdeau, avec l'attribution du pouvoir constituant à un organe constitué, cette liberté disparaît puisque cet organe constitué pourrait éventuellement écarter la nation de la possibilité d'organiser les pouvoirs constitués différemment. On ne peut donc pas dire que la révision faite par l'organe constitué est toujours celle qui est voulue par la nation. Car, l'organe de révision peut faire une telle révision constitutionnelle pour qu'à l'avenir la nation n'ait plus la possibilité d'influencer la procédure de révision⁹².

Ainsi, selon Georges Burdeau affirme qu'« il est impossible d'aligner le pouvoir constituant sur le même plan que les pouvoirs constitués par le seul artifice de son aménagement par la constitution »⁹³. Car, le souverain demeure toujours libre de réorganiser le pouvoir de révision.

4. Enfin Georges Burdeau invoque un dernier argument contre la thèse de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué. C'est la possibilité du changement du souverain. Certes, l'hypothèse n'est pas fréquente. Cependant elle peut se produire. Qu'advient-il si le souverain a été changé dans le pays à la suite de la modification de l'équilibre des forces ? Pourra-t-on affirmer que le nouveau souverain sera lié, quant à l'exercice du pouvoir constituant, par la procédure de révision prévue par la constitution en vigueur ?

« Quand bien même le souverain du régime précédent aurait lui-même établi cette procédure, il est clair qu'elle n'obligera pas son successeur. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il subsiste un pouvoir constituant qui n'est pas absorbé par les institutions de l'ordre juridique positif »⁹⁴ ?

5. Dans le même sens, Dmitri Georges Lavroff souligne que

« le fait que le souverain détermine une organisation constitutionnelle n'implique pas qu'il soit définitivement lié par celle-ci notamment qu'il ne puisse s'expliquer autrement que par la voie qui a été définie pour que les organes institués puissent réviser la constitution »⁹⁵.

Selon le président Lavroff,

« la seule obligation que le souverain s'est créée en établissant une organisation constitutionnelle, c'est de respecter sa présence et non pas de s'imposer son maintien. Le constituant originaire a toujours la possibilité de modifier l'organisation constitutionnelle, les organes institués qu'il a mis en place, il a simplement l'obligation de mettre fin à l'institution qu'il a créée avant de la remplacer par une autre, mais il n'est jamais obligé de la conserver indéfiniment. Comment peut-on soutenir que le titulaire du pouvoir constituant originaire, qui est nécessairement le souverain, soit limité par ses propres créations et par l'ordre juridique qu'il a établi »⁹⁶ ?

91. *Ibid.*, p.195.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, op. cit., p.101.

96. *Ibid.*

6. En dernier lieu, Carl Schmitt, lui non plus, n'accepte pas la thèse de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir de révision constitutionnelle. Car, selon le célèbre constitutionnaliste du III^e Reich, le pouvoir constituant [originaire⁹⁷] est inaliénable. Le pouvoir constituant [originaire] « ne peut pas être transmis, aliéné, absorbé ou consommé. *Il continue toujours à exister virtuellement, coexiste et reste supérieur à toute constitution qui procède de lui et à toute disposition des lois constitutionnelles valide au sein de cette constitution* »⁹⁸. L'exercice du pouvoir constituant ne s'épuise pas⁹⁹. D'après lui,

« de même qu'édicter un règlement d'organisation n'épuise pas le pouvoir d'organisation de celui qui a la haute main sur l'organisation et le pouvoir d'organisation, de même édicter une constitution ne peut en aucun cas épuiser, absorber ou consommer le pouvoir constituant [originaire]. Le pouvoir constituant [originaire] n'est pas abrogé ou évacué parce qu'il s'est exercé une fois. La décision politique que représente la constitution ne peut agir en retour sur son sujet et supprimer son existence politique. Cette volonté continue à exister à côté de la constitution et au-dessus d'elle »¹⁰⁰.

Après avoir ainsi vu les critiques adressées à la thèse de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué, maintenant nous pouvons passer à la troisième thèse.

C. LA THESE DE LA COEXISTENCE DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE ET DU POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE

Cette thèse a été développée par le professeur Georges Burdeau dans son *Traité de science politique*¹⁰¹. Selon l'auteur, la thèse de la *permanence* du pouvoir constituant originaire et celle de la *transformation* de ce pouvoir en pouvoir institué, l'une et l'autre, sont excessives. La première « élimine toute possibilité pour une constitution de prévoir utilement sa propre modification »¹⁰². La deuxième « élimine radicalement, dans le cadre d'un ordre juridique donné, toute possibilité d'intervention régulière du pouvoir constituant originaire. Ses manifestations ne pourront, par conséquent, qu'être affectées d'un caractère révolutionnaire »¹⁰³. Dans le premier cas, « c'est la stabilité des institutions qui est compromise puisque, dès qu'il s'agira de les toucher, il faudra faire appel au pouvoir originaire dont les réactions sont souvent brutales et toujours imprévues »¹⁰⁴. Dans le second cas, « ce sont les prérogatives du souverain qui risquent de se voir

97. Rappelons que Carl Schmitt emploie l'expression « pouvoir constituant » tout court à la place du « pouvoir constituant originaire ». Voir supra, Chapitre 1, § 2, B, 1.

98. Schmitt, *op. cit.*, p.229. C'est nous qui soulignons.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*, p.212.

101. Signalons encore une fois que Georges Burdeau dans sa thèse de doctorat soutient la deuxième thèse, c'est-à-dire celle de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué.

102. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.191.

103. *Ibid.*

104. *Ibid.*

méconnues puisque le statut constitutionnel de l'Etat peut être changé sans son consentement actuel »¹⁰⁵.

C'est pourquoi, Georges Burdeau essaye de trouver un *moyen terme* entre ces deux extrêmes.

D'abord Georges Burdeau constat que « presque toutes les constitutions écrites prévoient la manière dont elles peuvent être modifiées, ce qui veut dire qu'elles organisent – et lient par conséquent – l'exercice du pouvoir constituant »¹⁰⁶. Et puis, il pose la question suivante : « Dans quelle mesure une pratique si répandue peut-elle se concilier, en fait, avec l'existence du pouvoir constituant proprement dit »¹⁰⁷ ?

Ensuite pour trouver un terrain de compromis, Georges Burdeau considère les raisons qui militent en faveur de l'intervention d'un pouvoir constituant institué.

« Il s'agit, écrit-il, avant tout, d'éliminer le jeu de forces politiques inorganisées, d'éviter l'agitation et le désordre que ne manque pas de déclencher l'intervention du pouvoir constituant originaire... C'est pourquoi la plupart des constitutions prévoient elles-mêmes l'autorité qui aura qualité pour les modifier et la Selon l procédure ,aquele seront effectués les changements éventuels »¹⁰⁸.

Selon Georges Burdeau, « il y a là un souci légitime de garantir contre les emportements du souverain la stabilité des institutions en vigueur. On ne saurait donc nier l'opportunité de l'aménagement d'un pouvoir de révision »¹⁰⁹.

Mais d'autre part, il faut sauvegarder la permanence du pouvoir constituant originaire. C'est pourquoi Georges Burdeau envisage la coexistence du pouvoir constituant institué avec le pouvoir constituant originaire. Et pour cela, selon lui, le pouvoir constituant institué doit respecter une triple condition¹¹⁰.

(1) « Le pouvoir constituant institué ne peut d'abord prétendre éliminer le pouvoir originaire. En aucun cas, son établissement n'implique que le souverain a renoncé à ses prérogatives constituantes »¹¹¹.

(2) Le pouvoir constituant institué est seulement compétent pour des révisions limitées¹¹².

(3) « Enfin, l'existence d'une procédure de révision ne sera compatible avec le pouvoir constituant du souverain que dans la mesure où elle permettra à celui-ci de se faire entendre au cours de l'opération »¹¹³.

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*, p.196.

107. *Ibid.*

108. *Ibid.*

109. *Ibid.*

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

112. *Ibid.*, p.197.

113. *Ibid.*

§ 2. L'APPRECIATION GENERALE DE LA QUESTION

Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, selon la conception que nous avons adoptée dans ce travail, il n'appartient pas à la science du droit de justifier telle ou telle doctrine sur telle ou telle institution. La science du droit a pour objet les normes juridiques. La tâche de la science du droit, comme celle de toutes les autres sciences est seulement de *décrire*, non pas de *prescrire*¹¹⁴.

C'est pourquoi, nous excluons, par hypothèse même, les arguments prescriptifs invoqués pour justifier la thèse de la permanence du pouvoir constituant originaire ou celle de sa transformation en pouvoir institué, ou celle de la coexistence de ces deux pouvoirs.

Ainsi, les arguments de Sieyès invoqués en faveur de la thèse de la permanence du pouvoir constituant originaire n'ont pour objet de que *justifier* cette thèse, non pas *décrire* une norme juridique. Par exemple, Sieyès affirmait qu'« une nation ne *doit*¹¹⁵ pas se mettre dans les entraves d'une forme positive »¹¹⁶, et que « la nation... *doit*¹¹⁷ être dans cette fonction, libre de toute contrainte, et de toute forme, autre que celle qu'il lui plaît d'adopter »¹¹⁸, ainsi qu'« on *doit*¹¹⁹ concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lien social ou, comme l'on dit, dans l'état de nature »¹²⁰. Comme on le voit, ces propositions sont *prescriptives*, non pas *descriptives*, par conséquent elles n'appartiennent pas à la science du droit. D'ailleurs elles ne concernent nullement une norme juridique.

D'autre part, une partie des arguments invoqués en faveur de la thèse de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué, eux non plus, ne relèvent pas de la science juridique. Par exemple, rappelons-nous que selon Georges Burdeau (dans sa thèse de doctorat), le pouvoir constituant originaire, après avoir fait la première constitution, doit disparaître pour laisser sa place au pouvoir institué, car la permanence d'un pouvoir constituant libre de toutes formes n'assure à l'Etat aucune stabilité et conduit à une agitation révolutionnaire chronique¹²¹, tandis que l'attribution de la tâche de révision constitutionnelle à seul

114. Kelsen explique d'une façon plus claire cette conception dans le préface de *General Theory of Law and State*. « Ce qui ne se trouve pas dans le contenu des normes juridiques positives ne peut pas entrer dans un concept juridique... Une science doit décrire son objet tel qu'il est, et non pas prescrire ce qu'il devrait être ou ne devrait pas être du point de vue d'un certain jugement de valeur » (Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Trad. par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, p.xiii-xiv).

115. C'est Sieyès qui souligne.

116. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.182).

117. C'est nous qui soulignons.

118. *Archives parlementaires*, t.VIII, p.259, cité par Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, t.II, p.523.

119. C'est nous qui soulignons.

120. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, ch. V, (Edition de Zapperi, *op. cit.*, p.183).

121. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.34-35, 39, 44. Ainsi que voir Esmein, *op. cit.*, t, I, p.610.

un pouvoir de révision organisé par la constitution peut assurer une vie juridique régulière et paisible¹²². Ces propositions, quoiqu'elles expriment une idée juste ou injuste, ne décrivent aucune norme juridique.

En outre, une partie des arguments de Georges Burdeau (dans son *Traité*) invoqués en faveur de la thèse de la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant institué n'appartiennent non plus à la science du droit. Comme on l'a vu, Georges Burdeau, d'une part, constate que le pouvoir constituant originaire ne disparaît pas après avoir établi une nouvelle constitution, mais d'autre part, il essaye de justifier la coexistence d'un pouvoir de révision organisé par la constitution. Rappelons-nous ce passage que nous avons déjà cité :

« Il y a là un *souci légitime* de garantir contre les emportements du souverain la stabilité des institutions en vigueur. On ne *saurait* donc nier l'*opportunité* de l'aménagement d'un pouvoir de révision. Mais puisque, par ailleurs, celui-ci *doit* sauvegarder la permanence du pouvoir originaire, il *devra* respecter une triple condition »¹²³.

Comme on le voit clairement, le langage de Georges Burdeau est un langage *prescriptif*, et non pas *descriptif*. Il veut *légitimer* l'existence d'un pouvoir constituant institué, autrement dit il veut *justifier l'opportunité* de l'organisation d'un tel pouvoir. Comme on l'a dit, il n'appartient pas à la science du droit de *justifier* quoi que ce soit. La science du droit a pour objet de *décrire* les normes juridiques en vigueur. Or les propositions de Georges Burdeau ne sont pas relatives à une norme juridique. De plus, Georges Burdeau *prescrit* une norme qui n'existe dans aucun texte positif : « le pouvoir de révision doit respecter une triple condition ». Par exemple, une de ces conditions est que le pouvoir de révision ne peut pas entreprendre une refonte totale des institutions constitutionnelles, ainsi qu'il ne peut pas atteindre à l'esprit du régime politique ou à la substance de l'idée de droit¹²⁴. Cependant ces conditions ne sont pas inscrites dans le texte de la Constitution. Ainsi Georges Burdeau essaye non seulement de *justifier l'opportunité* de telle ou telle disposition constitutionnelle, mais encore de *prescrire* des normes qui n'existent pas dans la constitution. Or, le rôle de la science du droit est seulement de *décrire* les normes juridiques en vigueur, non pas ni de *justifier leur opportunité*, ni de *prescrire* des nouvelles normes¹²⁵.

* * *

Alors, maintenant, conformément à notre conception de la science du droit, c'est-à-dire, *en décrivant* les normes constitutionnelles, essayons de vérifier le bien-fondé de ces trois thèses, c'est-à-dire celle de la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire, celle de la transformation de ce pouvoir en pouvoir constituant institué et celle de la coexistence de ces deux pouvoirs.

Commençons d'abord par la première.

122. Voir en ce sens Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.44.

123. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.196. C'est nous qui soulignons.

124. *Ibid.*, p.197.

125. Hans Kelsen disait que le seul but de la science du droit est de connaître le droit, non pas de le faire (Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, p.xiii).

A. LA VERIFICATION DE LA THESE DE LA PERMANENCE EXCLUSIVE DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE

Rappelons-nous que selon cette thèse, c'est le *pouvoir constituant originaire* qui a établi la constitution qui va la réviser. A chaque fois que l'on a besoin de réviser la constitution, c'est toujours le même pouvoir constituant souverain qui intervient. Par conséquent, dans cette thèse, il n'y a pas de place pour un pouvoir constituant institué. Autrement dit, cette thèse, telle qu'elle est défendue par Sieyès, *nie l'existence même d'un pouvoir constituant institué*.

Or quand on regarde les constitutions, on voit que presque toutes les constitutions organisent un pouvoir de révision, en réglementant la procédure de leur révision. En d'autres termes, la présence des normes constitutionnelles qui règlent la révision constitutionnelle atteste qu'il existe un pouvoir de révision. Alors, si cette thèse niant l'existence du pouvoir constituant institué avait été retenue par le droit positif, les constitutions ne devraient pas comporter les règles prévoyant leur révision. Par conséquent, nous pouvons affirmer que la thèse de la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire, telle qu'elle est défendue par Sieyès, n'est pas fondée devant l'existence des normes de la constitution qui règlent la révision constitutionnelle. En d'autres termes, cette thèse a été démentie par le droit positif.

B. LA VERIFICATION DE LA THESE DE LA TRANSFORMATION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE EN POUVOIR CONSTITUANT INSTITUTE

On se souviendra que, selon cette thèse, les constitutions, en réglementant leur révision, organisent un pouvoir de révision. Ainsi, une fois que le pouvoir constituant originaire établit la constitution, il disparaît en se transformant en pouvoir constituant institué. C'est-à-dire que le pouvoir constituant originaire, lorsque la constitution a organisé sa révision, dévient un pouvoir constituant institué. Et comme on l'a vu, dans cette thèse il n'y a pas de place pour le pouvoir constituant originaire permanent. Par conséquent la constitution ne peut être révisée que par la mise en oeuvre des procédés prévus par la constitution elle-même à cet effet. Ainsi cette thèse, qui soutient le caractère momentané du pouvoir constituant originaire, nie la possibilité de réapparition de ce pouvoir après avoir fait une nouvelle constitution.

Pour vérifier le bien-fondé de cette thèse devant les normes constitutionnelles, posons-nous la question suivante : *L'organisation d'un pouvoir de révision signifie-t-elle la disparition du pouvoir constituant originaire ?* En d'autres termes, la présence des dispositions de la constitution qui règlent la révision constitutionnelle élimine-t-elle l'existence permanente du pouvoir constituant originaire ?

A notre avis, non. Parce que, selon la conception formelle que nous avons adoptée dans cette thèse, le pouvoir constituant originaire est un pur fait, non

susceptible de qualification juridique. Ce pouvoir, on l'a vu, s'exerce par les voies révolutionnaires¹²⁶. Le pouvoir constituant originaire, après avoir fait une nouvelle constitution se retire de l'exercice pour une certaine durée, mais il ne disparaît pas éternellement, parce qu'il a toujours la possibilité de se remettre en exercice, de réapparaître, simplement en procédant à une révolution. En d'autres termes, pour que le pouvoir constituant originaire réapparaisse, il lui suffit d'abroger ou de déconstitutionnaliser la constitution en vigueur et d'anéantir le pouvoir de révision constitutionnelle en place. Mais cette possibilité dépend des circonstances de forces, c'est-à-dire qu'elle relève du domaine du *fait*, non pas du *droit*.

Par conséquent on ne peut pas nier la possibilité de la réapparition du pouvoir constituant originaire. Car, nier cette possibilité revient à nier aussi le phénomène des révolutions. Or, comme on le sait, les révolutions sont des purs faits qui ne connaissent pas des restrictions juridiques. De ce fait, une constitution ne peut ni prévoir, ni interdire sa révision révolutionnaire. Même si une constitution comporte une règle interdisant sa révision révolutionnaire, cette règle n'a aucun sens, n'a aucune valeur juridique. Car, les dispositions de la constitution sont adressées aux pouvoirs constitués, mais non pas au pouvoir constituant originaire. Le pouvoir constituant originaire, étant un pouvoir de fait, n'est pas lié par les dispositions constitutionnelles.

En conséquence, les dispositions de la constitution qui règlent sa révision n'interdisent pas la révision révolutionnaire de la constitution, c'est-à-dire la révision faite par le pouvoir constituant originaire. Alors, *le pouvoir constituant originaire ne disparaît pas, ou ne se transforme pas en pouvoir constituant institué du seul fait que la constitution organise un pouvoir de révision*. Bref le pouvoir constituant originaire n'est qu'un pur fait ; et un pouvoir de fait ne peut pas être réglementé par le droit. Ainsi une disposition de la constitution ne peut pas disparaître du pouvoir constituant originaire.

De plus il est logiquement impossible de transformer le pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué, car ces deux pouvoirs se trouvent dans deux différents mondes : le premier dans le monde des faits, le deuxième dans celui du droit. Et, selon la « loi de Hume », il n'y a pas de passage autorisé entre ces deux mondes¹²⁷.

D'ailleurs, dans la pratique aussi, probablement parce qu'étant conscientes de ce phénomène, les constitutions en général ne nient pas les révolutions. Presque toutes les constitutions organisent leur révision, Cependant ces mêmes constitutions ne contiennent aucune disposition interdisant leur révision révolutionnaire. A notre connaissance, il y a seulement deux constitutions qui nient le phénomène révolutionnaire. L'article 136 de la Constitution du Mexique du 31 janvier 1917¹²⁸ et

126. *Supra*, Chapitre 1, § 2, A.

127. Grzegorzcyk, « Positivismisme comme méthodologie juridique », *op. cit.*, p.173, 176, 185, 189.

128. Art.136 de la Constitution mexicaine du 31 janvier 1919: « Cette Constitution ne perdra pas sa force et son effet même si son observation est interrompue par la rébellion » (Amos J.

l'article 250 de la Constitution du Venezuela du 23 janvier 1961¹²⁹ stipulent que les interventions de fait n'ont aucun effet sur la validité de la constitution.

Même si une constitution interdit sa révision révolutionnaire, cette interdiction n'a aucun sens, n'a aucune valeur juridique. Car, comme on vient de l'expliquer les révolutions sont des purs faits qui ne connaissent pas de restrictions juridiques.

En conclusion (1) les dispositions de la constitution qui règlent la révision constitutionnelle n'interdisent pas la révision révolutionnaire de la constitution. Car, elles sont adressées au pouvoir constituant institué, non pas au pouvoir constituant originaire. Alors, *l'organisation d'un pouvoir de révision ne signifie pas la disparition du pouvoir constituant originaire.*

(2) Même si une constitution, en interdisant sa révision révolutionnaire, prévoit la disparition du pouvoir constituant originaire, *cette interdiction n'a aucun sens, n'a aucune valeur juridique. Car, une constitution ne peut ni prévoir ni interdire sa révision révolutionnaire.*

En conséquence, le pouvoir constituant originaire, après avoir fait une nouvelle constitution, se retire de l'exercice pour une certaine durée, mais *il ne disparaît pas éternellement.* Car il a toujours la possibilité de se remettre en exercice, de réapparaître, de resurgir. Pour cela il lui suffit d'abroger ou de déconstitutionnaliser la constitution en vigueur par la voie révolutionnaire.

Maintenant passons à la vérification de la troisième thèse.

C. LA VERIFICATION DE LA THESE DE LA COEXISTENCE DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE ET DU POUVOIR CONSTITUANT INSTITUTE

Rappelons-nous que cette thèse, qui est défendue par Georges Burdeau, essaye de trouver un moyen terme entre les deux premières thèses extrêmes. Dans cette thèse, il y a la place pour les deux pouvoirs constituants. En effet, Georges Burdeau, d'une part, en acceptant la permanence du pouvoir constituant du souverain, et d'autre part, en observant « l'opportunité de l'aménagement d'un pouvoir de révision »¹³⁰, envisage la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant institué. Et pour cela, il prévoit quelques conditions que nous avons vues plus haut. Soulignons seulement que, selon une de ces conditions, la procédure de révision doit permettre au pouvoir constituant du souverain de se faire entendre au cours de l'opération¹³¹. En d'autres termes, le souverain,

Peaslee, *Constitutions of Nations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 3^e édition, 1970, vol. IV, The Americas, p.1353).

129. Art.250 de la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961: « Cette Constitution ne perdra pas son effet même si son observation est interrompue par la force, ni si elle est abrogée par les moyens autres que ceux prévus par la Constitution elle-même » (Peaslee, *op. cit.*, vol. IV, p.951).

130. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.197.

131. *Ibid.*, p.197.

c'est-à-dire le pouvoir constituant originaire peut toujours intervenir dans l'opération de révision constitutionnelle.

A notre avis, la thèse de la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant institué, telle qu'elle est entendue par Georges Burdeau, est loin d'être discutable. Car, d'abord, répétons que nous acceptons la permanence du pouvoir constituant originaire, telle que nous l'avons expliquée en haut, c'est-à-dire que le pouvoir constituant originaire, après avoir fait une nouvelle constitution, ne disparaît pas éternellement. Il subsiste donc. Il a toujours la possibilité de réapparaître. Il peut intervenir quand il veut, comme il le veut. Cependant, par définition même, il ne peut intervenir que par les voies révolutionnaires, c'est-à-dire en abrogeant ou en déconstitutionnalisant la constitution en vigueur. Car, le pouvoir constituant originaire, selon la conception formelle, ne peut s'exercer que dans le vide juridique. Autrement dit, *l'exercice d'un pouvoir constituant originaire et l'existence d'une constitution en vigueur ne sont pas en même temps concevables*. La présence d'une constitution signifie que le pouvoir constituant originaire n'est pas en exercice. Par conséquent s'il y a une constitution en vigueur, et tant que celle-ci n'est pas abrogée ou déconstitutionnalisée, logiquement elle ne peut être révisée que par le pouvoir de révision constitutionnelle conformément à la procédure prévue par la constitution, non pas par le pouvoir constituant originaire. De ce fait, la thèse de Georges Burdeau selon laquelle le pouvoir constituant originaire peut s'immiscer dans l'opération de révision ne nous paraît pas pertinente. Car, ce dernier, on l'a dit, ne s'exerce pas en présence d'une constitution. Autrement dit, pour que le pouvoir constituant originaire *soit* en exercice, il ne faut pas qu'il y ait une constitution en place. Parce que par définition même il ne peut pas exister à la fois un pouvoir constituant originaire *en exercice* et une constitution *en vigueur*.

Alors, le pouvoir constituant originaire ne peut s'exercer qu'après avoir abrogé ou déconstitutionnalisé la constitution en vigueur. Et si une constitution est abrogée ou déconstitutionnalisée, le pouvoir de révision institué par cette constitution s'effondre aussi, car il tient son existence de cette constitution. En d'autres termes, l'apparition du pouvoir constituant originaire implique nécessairement la disparition du pouvoir de révision constitutionnelle en place. Alors, *l'exercice du pouvoir constituant originaire et l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle sont deux choses logiquement incompatibles*¹³².

En conséquence, la thèse de la coexistence de pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle, telle qu'elle est défendue par Georges Burdeau, c'est-à-dire que ces deux pouvoirs peuvent s'exercer en même temps, n'est pas acceptable, car s'il y a un pouvoir constituant originaire en exercice, cela implique nécessairement qu'il n'existe pas de pouvoir de révision constitutionnelle

132. En ce sens voir Francis Delpérée, *Droit constitutionnel*, (Tome I : Les données constitutionnelles), Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 1987, p.85 : « L'action alternative d'un constituant originaire et d'un constituant organisé n'est pas concevable si elle signifie que le premier peut, à son gré, mettre le second en veilleuse et y substituer. Le constituant originaire ne peut agir qu'après avoir anéanti le constituant dérivé et, avec lui, les autres pouvoirs constitués ».

en place, et s'il y a un pouvoir de révision constitutionnelle en place, cela signifie que le pouvoir constituant originaire n'est pas en exercice.

Alors, la thèse de la coexistence de pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle ne peut être acceptée que si le pouvoir constituant originaire n'est pas en exercice. Il faut donc reformuler cette thèse comme suit : « *la thèse de la coexistence du pouvoir constituant originaire qui n'est pas en exercice et du pouvoir de révision constitutionnelle qui est en exercice* ». C'est-à-dire que cette thèse est fondée à condition que le pouvoir constituant originaire ne soit pas en exercice.

Et comme on l'a vu, le non-exercice du pouvoir constituant originaire, c'est-à-dire la réalisation de cette condition, dépend des circonstances de force. Autrement dit, c'est une condition de fait, non pas de droit. Par conséquent, *même dans sa nouvelle formulation, cette thèse n'est pas fondée du point de vue de la théorie positiviste du droit, parce qu'elle insère une condition de fait dans une proposition de droit*. En d'autres termes, selon cette nouvelle formulation, le pouvoir constituant originaire coexiste avec le pouvoir de révision constitutionnelle, s'il n'est pas en exercice. La vérification de la valeur « vraie / fausse » d'une proposition du droit se fait par le critère de la validité juridique¹³³. Tandis que dans la proposition ci-dessus, il y a une prémisse dont la valeur « vraie » dépend des faits, non pas du droit. En effet, le pouvoir constituant originaire peut être en exercice ou non, et cela ne dépend pas du droit, mais seulement des faits.

Alors, la thèse de la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle telle qu'elle est formulée par Georges Burdeau n'est pas fondée, car si le pouvoir constituant originaire est en exercice, le pouvoir de révision constitutionnelle disparaît. C'est pourquoi il faut corriger comme il suit : le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle coexistent, si le pouvoir constituant originaire n'est pas en exercice. Néanmoins, même dans cette nouvelle formulation, cette thèse n'est pas fondée, parce qu'elle est en contradiction avec la « loi de Hume » selon laquelle on ne peut pas inférer les conclusions du droit à partir de prémisses des faits, autrement dit il n'y a pas de passage autorisé entre le « fait » et le « droit »¹³⁴.

Récapitulons maintenant nos conclusions ci-dessus.

1. La thèse de la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire, c'est-à-dire celle de la négation de l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas valable, parce que les constitutions, en organisant leur révision, créent un pouvoir de révision.

2. La thèse de la disparition du pouvoir constituant originaire n'est pas fondée, parce que *l'organisation d'un pouvoir de révision par la constitution n'implique pas*

133. Pour la notion de la validité juridique voir Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1.

134. Grzegorzcyk, « Positivismisme comme méthodologie juridique », *op. cit.*, p.173, 176, 185, 189.

la disparition du pouvoir constituant originaire. Car les dispositions de la constitution qui règlent la révision constitutionnelle n'interdisent pas la révision révolutionnaire de la constitution. En effet, elles sont adressées au pouvoir de révision constitutionnelle, non pas au pouvoir constituant originaire. Même si une constitution, en interdisant sa révision révolutionnaire, prévoit la disparition du pouvoir constituant originaire, cette interdiction n'a aucun sens, n'a aucune valeur juridique, parce qu'une constitution ne peut ni prévoir, ni interdire sa révision révolutionnaire. Alors, le pouvoir constituant originaire, après avoir fait une nouvelle constitution, se retire de l'exercice pour une certaine durée, mais il ne disparaît pas éternellement. Car, il a toujours la possibilité de se remettre en exercice, de réapparaître, de resurgir. Pour cela il lui suffit d'abroger ou de déconstitutionnaliser la constitution en vigueur par la voie révolutionnaire.

3. La thèse de la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle telle qu'elle est formulée par Georges Burdeau n'est pas fondée, car *si le pouvoir constituant originaire est en exercice, le pouvoir de révision constitutionnelle disparaît.* C'est pourquoi cette thèse doit être corrigée comme il suit : le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle coexistent, à condition que le pouvoir constituant originaire ne soit pas en exercice. Mais, même après cette correction, cette thèse n'est pas valable du point de vue de la théorie générale du droit, parce qu'elle insère une condition de fait dans une proposition du droit.

Quel que soit le bien-fondé de ces trois thèses, pour nous, il y a un pouvoir constituant originaire et un pouvoir de révision constitutionnelle. Le pouvoir constituant originaire, après avoir fait une nouvelle constitution, se retire de l'exercice, mais il ne disparaît pas éternellement. Il pourrait toujours réapparaître. Pour cela il lui suffit d'abroger ou de déconstitutionnaliser la constitution en vigueur, ainsi que d'anéantir le pouvoir de révision constitutionnelle en place. Alors, tant que la constitution n'est pas abrogée ou déconstitutionnalisée, elle ne peut être révisée que par le pouvoir de révision conformément à la procédure prévue par la constitution à cet effet. Mais une fois que la constitution a été abrogée ou déconstitutionnalisée, le pouvoir de révision constitutionnelle disparaît, seul le pouvoir constituant originaire reste. Comme on le voit, en tout état de cause, le pouvoir constituant originaire subsiste. Ce pouvoir est donc permanent, même s'il n'est pas toujours en exercice¹³⁵.

135. Mais, à vrai dire, cette conclusion n'a pas de sens juridique, car le pouvoir constituant originaire n'est qu'un pur fait, et il n'appartient pas à la science du droit de faire des conclusions sur un pur fait. Alors, pour la science du droit, il n'y a qu'un pouvoir constituant à examiner : *celui institué*. Cela ne signifie absolument pas qu'on nie l'existence du pouvoir constituant originaire, on précise simplement que l'examen de ce pouvoir ne relève pas de la science juridique. De plus notons encore que non seulement l'examen de ce pouvoir en soi, mais aussi sa comparaison avec un pouvoir juridique reste en dehors de la science du droit, car la science du droit ne peut pas décrire la relation entre un pouvoir de fait et un pouvoir de droit. Ces deux pouvoirs appartiennent à deux mondes différents. Ces pourquoi nous pensons que la question de la permanence du pouvoir constituant originaire reste en effet en dehors de la science du droit.

Section 2

LE POUVOIR CONSTITUANT EST-IL LIMITE ?

Tout d'abord notons que l'intitulé de cette section est trompeur. Car, il y a deux pouvoirs constitutants : l'un est *originaire* et l'autre *dérivé*. Et, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, ces deux pouvoirs constitutants diffèrent par les conditions de leur exercice. C'est pourquoi, il convient de poser deux questions à la place de celle posée dans le titre :

- Le pouvoir constituant *originaire* est-il limité ?
- Le pouvoir constituant *dérivé* est-il limité ?

A notre avis, si l'on ne pose pas cette question en la divisant en deux comme ci-dessus, il pourrait y avoir un *risque de confusion* entre le problème de la limitation du pouvoir constituant originaire et celui de la limitation du pouvoir constituant dérivé. Cette confusion a été récemment illustrée par la décision n° 92-312 DC du Conseil constitutionnel du 2 septembre 1992. Dans cette décision, le Conseil a déclaré que « sous réserve... des limitations..., le *pouvoir constituant* est souverain »¹. A propos de cette décision, certains auteurs ont soutenu que le pouvoir constituant est limité et que cette décision doit « être interprétée comme admettant le contrôle des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès »². Par contre, à propos de la même décision, d'autres auteurs pensent que le Conseil constitutionnel a affirmé dans cette décision le « caractère souverain du pouvoir constituant »³. Dans le même sens, certains auteurs interprètent cette décision

1. C.C., décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* (Maastricht II), 19^e considérant, *Rec.*, 1992, p.80.

2. Louis Favoreu, Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.738. En ce sens encore voir Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 3^e édition, 1993, p.179, 181 ; *Id.*, « Chronique de la jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *Revue du droit public*, 1993, p.19.

3. Dmitri Georges Lavroff, « Le droit saisi par le politique : les avatars de la norme constitutionnelle sous la V^e République », Communication présentée au *II^e Congrès français de droit constitutionnel*, 13, 14 et 15 mai 1993, Bordeaux, (le texte dactylographié), p.28.

comme refusant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement⁴.

Nous allons voir cette décision ainsi que ses commentaires dans la deuxième partie de notre thèse⁵. Mais notons tout de suite que sans avoir préalablement déterminé quel pouvoir constituant (*originaire* ou *dérivé*) le Conseil constitutionnel entend-il par l'expression « pouvoir constituant » employée dans la décision, la question de savoir si le « pouvoir constituant » est souverain ou limité ne peut pas être résolue.

Comme le remarque à juste titre Olivier Beaud, « le vocabulaire utilisé par le juge est donc trompeur : la loi constitutionnelle de révision n'exprime ni un 'pouvoir constituant [originaire]' ni un 'pouvoir souverain', mais bien plutôt un pouvoir *constitué* »⁶. Ainsi le Conseil constitutionnel confond ici le pouvoir constituant dérivé avec le pouvoir constituant originaire. On peut trouver également la même confusion à peu près chez tous les commentateurs de cette décision⁷. Il est intéressant de voir qu'ils parlent de « pouvoir constituant » et jamais de « pouvoir constituant originaire » ni de « pouvoir constituant dérivé »⁸.

Sans avoir établi une distinction claire entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé, on ne peut pas résoudre la question de leur limitation. Car, comme on l'a vu au chapitre précédent⁹, ces deux pouvoirs constituants diffèrent par les conditions de leur exercice.

Par conséquent, à notre avis, à chaque fois que l'on parle de la limitation du pouvoir constituant, il faut toujours préciser le type (*originaire* ou *dérivé*) du pouvoir constituant dont il s'agit. Car, même si, du point de vue de leur fonction, le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé se trouvent sur un

4. François Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution (quatrième partie) », *Revue du droit public*, 1992, p.1593 ; Bruno Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.945.

5. Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1.

6. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1058 ; Beaud, *La puissance de l'Etat...*, *op. cit.*, p.474.

7. Sauf Olivier Beaud (*La puissance de l'Etat...*, *op. cit.*, p.400-402, 474). Egalement Georges Vedel a remarqué que l'expression « pouvoir constituant » employé dans la décision du 2 septembre 1992 est le « pouvoir constituant *dérivé* ». Le doyen Vedel, dans son article sur « Souveraineté et Supraconstitutionnalité », écrit ceci : « *Comme l'a récemment dit le Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant (en l'espèce 'dérivé')...* » (Vedel, « Souveraineté et Supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.90.

8. Voir par exemple, Louis Favoreu, Premier commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.411 ; Louis Favoreu, Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.735-738 ; Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^e édition, 1993, p.822-826 ; Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution (quatrième partie) », *op. cit.*, p.1590-1593 ; Rousseau, « Chronique de la jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *op. cit.*, p.16-20 ; Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle (Louis Favoreu et alii), « France », in *Annuaire international de justice constitutionnel*, 1992, p.466-468.

9. *Supra*, Chapitre 1, § 2, C. 4.

ped d'égalité,¹⁰ ; du point de vue de leur organisation, il y a un rapport hiérarchique entre eux. Le pouvoir constituant dérivé est *inférieur* au pouvoir constituant originaire, car il en dérive¹¹.

Ainsi il faut examiner *séparément* la question de la limitation de ces deux pouvoirs constituants originaire et dérivé, parce qu'ils diffèrent par les conditions de leur exercice.

Comme nous l'avons déjà remarqué au chapitre précédent, pour éviter toute confusion, dans notre travail, nous préférons utiliser l'expression de « pouvoir de révision constitutionnelle » à la place du « pouvoir constituant dérivé », alors que l'expression « pouvoir constituant originaire » est maintenue. Ainsi il n'y aura plus de risque de confondre ces deux pouvoirs constituants à cause de leur appellation. Alors nous allons examiner ici les deux questions suivantes :

1. Le pouvoir constituant originaire est-il limité ?
2. Le pouvoir de révision constitutionnelle est-il limité ?

§ 1. LE POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE EST-IL LIMITE ?

Voyons d'abord la thèse favorable à la limitation du pouvoir constituant originaire.

A. LA THESE SELON LAQUELLE LE POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE EST LIMITE

Les partisans de cette thèse fondent la limitation du pouvoir constituant originaire d'une manière très différente. Ils proposent diverses limites à l'exercice du pouvoir constituant originaire : les principes du droit naturel, les droits de l'homme, les principes généraux du droit, etc. En effet, tous ces principes sont nécessairement de caractère supraconstitutionnel. Car, puisque le pouvoir constituant originaire, étant le créateur de la constitution, ne peut pas être limité par sa propre création, il ne peut être logiquement limité que par des principes supraconstitutionnels. Nous allons examiner la question de l'existence de tels principes dans le deuxième titre de la première partie de ce travail. Notons que, à notre avis, les thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels ne sont pas fondées¹².

D'ailleurs, notons que les partisans de la thèse de la limitation du pouvoir constituant originaire proposent des limites à l'exercice de ce pouvoir, mais ils n'examinent pas la question de savoir si ce pouvoir peut être limité ou non. En d'autres termes, ce que discutent ces auteurs, c'est *par quoi*, et non pas *comment* le pouvoir constituant originaire est limité. Or, ils doivent nous démontrer d'abord *comment* le pouvoir constituant originaire est limité, avant de dire *par quoi* il est limité. Ils ne le font pas, car il est justement impossible de le faire. Parce que, selon

10. Voir *supra*, Chapitre 1, § 2, C. 4, b.

11. Voir *supra*, Chapitre 1, § 2, C. 4, a.

12. Voir *infra*, Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1.

une autre thèse, qui est la seule fondée à notre avis, le pouvoir constituant originaire n'est pas susceptible d'être limité. Voyons donc cette deuxième thèse.

B. LA THESE SELON LAQUELLE LE POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE EST ILLIMITE

Tout d'abord notons que, si la thèse de la limitation du pouvoir constituant originaire est soutenue par les auteurs jusnaturalistes, cette présente thèse est soutenue en revanche par les constitutionnalistes positivistes en général. Il est significatif de voir que mêmes les auteurs qui refusent le caractère de fait du pouvoir constituant originaire acceptent le caractère illimité de ce pouvoir¹³.

Commençons d'abord en précisant le sens du problème. Le fait que le pouvoir constituant originaire soit illimité signifie que lorsque ce pouvoir établit une nouvelle constitution, il n'est pas obligé de se conformer à une quelconque règle juridique. A notre avis, le pouvoir constituant originaire est illimité parce que, lorsqu'il fait une nouvelle constitution, il ne rencontre aucune règle juridique qui pourrait s'imposer à son exercice. Car, le pouvoir constituant originaire est un pur fait et il apparaît dans les circonstances de vide juridique.

Nous avons vu qu'il y a deux types de vide juridique¹⁴ : le vide juridique déjà existant et le vide juridique créé. Dans le vide juridique existant, c'est-à-dire, lorsque le pouvoir constituant originaire fait la toute première constitution du pays, il est évident qu'il n'y a aucune règle juridique qui va le limiter, puisqu'il n'existait pas avant de constitution dans le pays. Dans le second cas aussi le pouvoir constituant originaire est un pouvoir illimité. Car, dans cette hypothèse le pouvoir constituant originaire, après avoir abrogé ou déconstitutionnalisé la constitution en vigueur, établit une nouvelle constitution. Il est évident que, dans cette phase aussi le pouvoir constituant originaire est illimité, car puisque les règles de l'ancienne constitution sont préalablement abrogées ou déconstitutionnalisées, il n'existe aucune règle qui peut s'imposer à l'exercice du pouvoir constituant originaire.

En effet pour que le pouvoir constituant originaire soit limité, il faut qu'une constitution en vigueur puisse interdire son abrogation ou sa déconstitutionnalisation par le pouvoir constituant originaire. Or, comme on l'a vu plus haut¹⁵, les constitutions ne le font pas. C'est-à-dire qu'elles n'interdisent pas leur révision révolutionnaire. Même si une constitution comporte une disposition interdisant sa révision révolutionnaire, cette disposition n'a aucune valeur juridique, car, le pouvoir constituant originaire est un pouvoir de fait qui s'exerce par les voies révolutionnaires. Une constitution ne peut ni prévoir ni interdire sa révision révolutionnaire. Les révolutions sont des phénomènes qui ne connaissent pas de restrictions juridiques.

13. Par exemple Georges Burdeau soutient que le pouvoir constituant originaire est de nature juridique (Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.200-204). Cependant il accepte que ce pouvoir est « initial, autonome et inconditionné » (*Ibid.*, p.174).

14. Ce titre, Chapitre 1, § 2, A, 3.

15. Ce chapitre, Section 1, § 2, B.

Ensuite, à propos de la question de savoir si le pouvoir constituant originaire est limité se pose une autre question : l'organisation d'un organe chargé de la révision de la constitution signifie-t-elle la limitation du pouvoir constituant originaire ? La réponse est non. Car, cet organe peut être toujours anéanti par le pouvoir constituant originaire. En effet, comme le montre le président Dmitri Georges Lavroff,

« la seule obligation que le souverain s'est créée en établissant une organisation constitutionnelle, c'est de respecter sa présence et non pas de s'imposer son maintien. Le constituant originaire a toujours la possibilité de modifier l'organisation constitutionnelle, les organes institués qu'il a mis en place, il a simplement l'obligation de mettre fin à l'institution qu'il a créée avant de la remplacer par une autre, mais il n'est jamais obligé de la conserver indéfiniment »¹⁶.

Ainsi, le pouvoir constituant originaire a toujours la possibilité d'anéantir l'organe chargé de la révision constitutionnelle qu'il a lui-même créé.

Enfin, il convient de préciser les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels ne s'imposent à l'exercice du pouvoir constituant *originaire*. Car, ces limites sont adressées, non pas au pouvoir constituant originaire, mais au pouvoir de révision constitutionnelle. En effet, comme on l'a expliqué, le pouvoir constituant originaire est un pur fait qui ne connaît pas de restriction juridique. D'ailleurs ces limites sont prévues par le pouvoir constituant originaire lui-même, par conséquent, il serait illogique de prétendre que ce pouvoir est limité par ces propres créations¹⁷. Comme le remarque à juste titre Georges Burdeau,

« lorsque la constitution interdit qu'il soit porté atteinte à la forme du régime..., elle ne proclame nullement l'immutabilité absolue des institutions, ce qui serait un non-sens. Elle refuse seulement à l'organe de révision, la faculté d'opérer des réformes qui, par leur nature ou leur importance, dépassent les possibilités d'un pouvoir institué. Mais ces mêmes réformes, il appartient toujours au pouvoir constituant originaire de les réaliser »¹⁸.

En conclusion, pour nous, le pouvoir constituant *originaire* est un pouvoir toujours illimité.

§ 2. LE POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE EST-IL LIMITE ?

D'abord voyons la thèse qui soutient le caractère illimité du pouvoir de révision constitutionnelle.

A. LA THESE SELON LAQUELLE LE POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE EST ILLIMITE

Il y a plusieurs arguments invoqués en faveur de cette thèse.

16. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.101.

17. *Ibid.*, p.89.

18. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.237-238.

1. Les arguments niant l'existence même du pouvoir de révision constitutionnelle

Une partie des arguments invoqués en faveur du caractère illimité du pouvoir de révision constitutionnelle nient, non seulement le caractère limité, mais aussi l'existence même de ce pouvoir. En effet, pour les auteurs qui ont avancé ces arguments, la question de la limitation du pouvoir de révision ne se pose même pas, parce que tout simplement ce pouvoir n'existe pas. Comme le remarque Georges Burdeau, selon ces auteurs, « le pouvoir de révision ne saurait être qu'une parodie du pouvoir constituant véritable, celui-ci n'a qu'un visage, celui sous lequel il se révèle indépendamment de tout ordonnancement étatique, qu'un titulaire, celui qui apparaît dans son exercice originaire »¹⁹. Ainsi selon cette thèse, à chaque fois que l'on a besoin de réviser la constitution, c'est toujours le même pouvoir constituant originaire qui intervient. Et celui-ci, comme on l'a vu, est un pouvoir illimité.

Nous n'allons pas ici exposer ces arguments, parce que nous les avons déjà vus, dans la section précédente, sous le titre de « la thèse de la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire »²⁰. Seulement rappelons-nous que, selon notre conclusion, ces arguments sont démentis par le droit positif, car, toutes les constitutions, en réglementant leur révision, organisent un pouvoir de révision. Il existe donc un pouvoir de révision constitutionnelle.

2. Les arguments niant la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle

Ces arguments sont invoqués par les auteurs qui acceptent l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle, mais qui refusent sa limitation. Alors selon ces auteurs, même s'il existe un pouvoir de révision, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à l'exercice de ce pouvoir sont privées de toute valeur juridique. On se contentera ici d'énumérer les arguments invoqués en faveur de cette thèse. Parce que nous allons les étudier en détail plus bas²¹. Alors, selon ces arguments, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique, car tout d'abord, une génération ne peut lier les générations futures. Deuxièmement, les dispositions intangibles de la constitution ne sauraient pas empêcher une révolution. Troisièmement le pouvoir constituant d'aujourd'hui ne peut lier le pouvoir constituant de l'avenir. Quatrièmement, les limites à la révision constitutionnelle sont inconciliables avec la souveraineté du peuple. Cinquièmement la constitution, étant une loi, doit être révisable comme toutes les autres lois. Sixièmement, les fondateurs d'une constitution quelconque n'ont point qualité pour en réglementer les révisions futures. Ensuite, le pouvoir de révision a toujours la possibilité de surmonter ces limites par les révisions successives. Et enfin il n'y a pas de sanction en cas de transgression de ces limites.

19. *Ibid.*, p.190.

20. Voir *supra*, Ce chapitre, Section 1, § 1, A.

21. Voir *infra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, A.

Nous allons voir la critique de ces arguments plus loin²². Pourtant notons que si l'on prend en considération, d'une part, que les limites à la révision constitutionnelle ne constituent qu'une immutabilité partielle, non pas une immutabilité absolue, et d'autre part le fait que les limites à la révision constitutionnelle sont adressées au pouvoir de révision constitutionnelle, et non pas au pouvoir constituant originaire, une partie des arguments invoqués en faveur de cette thèse s'effondrent, comme celui qui soutient qu'une génération ne peut lier les générations futures, ou celui selon lequel les révolutions sont inévitables, ou celui qui affirme que le pouvoir constituant d'aujourd'hui ne peut lier le pouvoir constituant de l'avenir. Car, une telle immutabilité ne lie les générations futures que sur quelques points, d'ailleurs les générations futures peuvent même changer cette immutabilité partielle en mettant en exercice leur pouvoir constituant originaire. D'ailleurs il y a même des contre-arguments, comme celui selon lequel il faut assurer une certaine continuité entre les générations, ou comme celui selon lequel il faut éviter que les constitutions puissent être renversées sous un voile de légalité par les mouvements révolutionnaires latents. Quant à l'argument de la souveraineté, comme on va le voir en bas, c'est un argument sur lequel on fonde non seulement l'illimitation du pouvoir de révision constitutionnelle, mais aussi la limitation de ce pouvoir.

Alors comme on le voit, une partie des arguments invoqués en faveur de la thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle est illimité sont facilement réfutables. Mais parmi ces arguments, à notre avis, il y a deux arguments qui restent pertinents. Ce sont celui de la *possibilité de surmonter ces limites par les révisions successives* et celui de l'*absence de sanction* en cas de transgression de ces limites.

En effet, comme on va l'expliquer plus loin²³, si le pouvoir constituant originaire n'a pas interdit la révision de la norme prévoyant une interdiction de réviser la constitution par une règle auto-référentielle (par ex. « Cet article est lui-même exclu de toute révision ») le pouvoir de révision constitutionnelle a toujours la possibilité de *surmonter les interdictions* de réviser la constitution *en deux temps* : en abrogeant d'abord la norme interdisant la modification, et puis, en révisant la norme dont la révision est interdite. Mais cela ne signifie pas que les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont dénuées de toute valeur juridique. En d'autres termes, il est vrai qu'elles n'ont pas de valeur juridique *absolue*, mais elles ont quand même une valeur juridique *relative* : tant que le pouvoir de révision n'a pas abrogé préalablement la norme interdisant la modification, la norme dont la révision est interdite ne peut pas être révisée.

L'argument de l'absence de sanction est aussi difficilement réfutable. Car, comme on va le voir plus bas, pour que ces dispositions de la constitution qui règlent le pouvoir de révision et parfois qui lui imposent des limites soient valables, elles doivent être *grosso modo* efficaces. Une disposition qui n'est jamais appliquée perd sa validité juridique, tombe en désuétude²⁴. C'est-à-dire que l'efficacité et par conséquent la validité de ces limites dépendent en dernière analyse de leur applica-

22. Voir *infra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, B.

23. Voir *infra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1, B.

24. Voir *infra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 2, B.

tion par les tribunaux. Dans notre cas, cela nécessite l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors, seulement dans les pays où il existe un tel contrôle, les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées, et par conséquent valables.

Nous allons voir plus bas la question de savoir si les limites à la révision constitutionnelle sont sanctionnées dans un paragraphe spécial²⁵, et d'une façon générale tout au long de la deuxième partie de notre travail. C'est pourquoi, nous nous contentons ici de noter que l'argument de l'absence de sanction s'effondre dans le cas où il y a un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Ainsi après avoir réfuté ou écarté les arguments qui militent en faveur du caractère illimité du pouvoir de révision constitutionnelle, maintenant nous pouvons passer à l'examen de la deuxième thèse sur la question de savoir si ce pouvoir est limité.

B. LA THESE SELON LAQUELLE LE POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE EST LIMITE

Tout d'abord notons que pour quelqu'un qui accepte la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle, il n'y a pas de grande difficulté à accepter le caractère limité du pouvoir de révision constitutionnelle. Car, le pouvoir constituant originaire, étant un pouvoir de fait, s'exerce en dehors de toute constitution, par conséquent il n'est pas susceptible d'être lié par les règles juridiques. Par contre, il est tout à fait normal que, le pouvoir de révision constitutionnelle, étant un pouvoir créé par le pouvoir constituant originaire, soit exercé dans le cadre déterminé par celui-ci, par conséquent, soit limité par la volonté du pouvoir constituant originaire.

Ainsi pour nous le pouvoir de révision constitutionnelle est théoriquement susceptible d'être limité ; car il est institué par la constitution. Il tient d'elle son existence, son fondement. Par conséquent, il doit respecter les dispositions de la constitution qui l'organisent et parfois qui lui imposent des limites. Ces dispositions sont prévues par le pouvoir constituant originaire et par conséquent le pouvoir de révision qui en dérive est lié par celles-ci. Si cela n'était pas accepté, le pouvoir de révision constitutionnelle détruirait son propre fondement. Or dans la logique juridique, aucun pouvoir ne peut le faire. S'il le fait, il deviendrait un pouvoir « originaire ». Et un pouvoir « institué » ne peut pas devenir « originaire », tout en suivant la procédure régulière, c'est-à-dire en restant dans la constitution. Pour qu'il devienne « originaire », il faut qu'il détruise son propre fondement, son créateur, c'est-à-dire qu'il sorte de la constitution. En d'autres termes, pour ne pas être lié par la constitution, il faut être en dehors de cette constitution. Et on ne peut pas être à la fois *dans* la constitution et *en dehors de* la constitution. Par conséquent, tant qu'un pouvoir reste dans la constitution, il sera toujours un pouvoir institué, et de ce fait, il sera toujours tenu de respecter les règles qui lui sont imposées par cette constitution.

25. Voir *infra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2.

* * *

Après avoir ainsi accepté que le pouvoir de révision constitutionnelle est théoriquement limité, une autre question se pose : *par quoi ce pouvoir est-il limité ?* Autrement dit, *quelles sont les limites qui s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle ?*

Dans la doctrine du droit constitutionnel on a proposé plusieurs limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Nous allons voir ces limites tout au long de la première partie de notre thèse.

Cependant, notons toute de suite que la réponse à la question de savoir par quelles limites le pouvoir de révision constitutionnelle est lié change en fonction de la conception du droit que l'on a adoptée. Par conséquent, il y a principalement deux façons de fonder la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle : le fondement positiviste et le fondement jusnaturaliste.

1. Le fondement positiviste : la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par les limites inscrites dans la constitution

Selon la théorie positiviste, le pouvoir de révision constitutionnelle est un pouvoir institué par la constitution comme tous les autres pouvoirs étatiques, par conséquent il est soumis à la constitution. Par exemple, pour *Hans Kelsen*, la révision constitutionnelle est « un cas, parmi les cas fondés sur le droit positif, de modification rigide d'une norme »²⁶. Selon Kelsen, « l'organe investi de la fonction constituante »²⁷ est un organe comme l'organe investi de la fonction législative ordinaire²⁸. Nous allons illustrer ici la théorie positiviste par les doctrines de Carré de Malberg et de Georges Burdeau (alors positiviste).

a. Raymond Carré de Malberg

Selon Carré de Malberg, le *pouvoir constituant dans l'Etat une fois formé*, c'est-à-dire selon notre terminologie le pouvoir de révision constitutionnelle (pouvoir constituant dérivé)²⁹, est un pouvoir d'ordre juridique et peut être étudié

26. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, De Gruyter, 1925, p.253, cité par Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.16.

27. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.302. Selon Kelsen, cet organe sera par exemple « une Assemblée constituante, il sera plus exact de dire : une Assemblée législative constitutionnelle » (*Ibid.*).

28. « Il se peut que la composition et le mode d'élection de l'organe investi de la fonction constituante soient différents de ceux de l'organe investi de la fonction législative ordinaire... Le plus souvent cependant, les deux fonctions sont exercées par un seul et même organe » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.301).

29. Rappelons que Carré de Malberg établit une distinction entre le pouvoir constituant original et le pouvoir constituant dérivé (le pouvoir de révision constitutionnelle), cependant il n'emploie pas ces expressions. Voir ce titre, Chapitre 1, § 2, A, 1, a.

comme un « organe de l'Etat »³⁰. Selon Carré de Malberg, le « pouvoir constituant dans l'Etat une fois formé »³¹

*« devra être mis en oeuvre par les organes mêmes que la Constitution assigne à cet effet... Ces organes pourront être, soit une assemblée spécialement élue dans ce but, soit le corps des citoyens actifs agissant par la voie du gouvernement direct, soit encore une ou plusieurs des autorités constituées elles-mêmes. Mais quelles que soient les personnes ou les assemblées appelées à exercer la fonction constituante, elles présenteront le caractère juridique d'organes étatiques »*³².

Carré de Malberg affirme clairement que, si « l'on fait abstraction des révolutions et des coups d'Etat »³³, la révision constitutionnelle « *devra s'opérer suivant les règles fixées par la Constitution* »³⁴. Alors, d'après lui, quand il y aura lieu de réviser la constitution, il ne sera nullement nécessaire de procéder à une révolution ; mais il suffira de faire intervenir les organes que la Constitution elle-même a fixés à cet effet³⁵. Ainsi Carré de Malberg conclut que « cet exercice du pouvoir constituant rentre purement et simplement dans le cadre de la théorie générale et normale de l'organe d'Etat »³⁶.

Comme on le voit, selon Carré de Malberg, le pouvoir de révision constitutionnelle est un organe de l'Etat³⁷, par conséquent il est limité, c'est-à-dire il s'exerce dans les conditions par la constitution, comme tout autre organe de l'Etat.

D'ailleurs Carré de Malberg en critiquant la théorie de Burckhardt, note que « au cas où les règles de la Constitution viendraient à être mises de côté, on entrerait purement et simplement dans le domaine du hasard et de l'arbitraire »³⁸. Selon Carré de Malberg, « les prescriptions relatives à la révision font partie de l'ordre juridique de l'Etat »³⁹. Par conséquent Carré de Malberg, ne fait pas la distinction entre les prescriptions relatives à la révision et les autres prescriptions de la constitution. D'après lui, « les prescriptions visant la révision tirent leur force, non pas de la pure volonté de leur auteur, mais de leur consécration par les circonstances qui ont fait que la Constitution où elles se trouvent contenues, est devenue la règle statutaire stabilisée de l'Etat »⁴⁰.

30. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.491.

31. C'est-à-dire le pouvoir constituant dérivé, ou selon notre terminologie le pouvoir de révision constitutionnelle.

32. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.494. C'est nous qui soulignons.

33. *Ibid.*, p.497.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*, p.498.

36. *Ibid.*, p.499.

37. *Ibid.* « La théorie de l'organe de l'Etat doit être donc étendue au pouvoir constituant [dérivé] ».

38. *Ibid.*, p.525, note 17.

39. *Ibid.*, p.526, note 17.

40. *Ibid.*

b. Georges Burdeau (dans sa thèse de doctorat)

Georges Burdeau aussi défend la même théorie positiviste dans sa thèse de doctorat. Il présente « le pouvoir de révision comme une application des normes étatiques »⁴¹. Selon lui, « le pouvoir de révision apparaît comme une manifestation particulière de la puissance étatique »⁴². Ainsi Georges Burdeau note que la révision des lois constitutionnelles est soumise à des règles que la constitution a elle-même fixées⁴³. D'après lui,

« l'organe chargé de modifier ou de remplacer la constitution est investi du pouvoir de révision. Ce pouvoir... a sans doute une importance considérable... Mais faut-il en déduire que ce pouvoir est d'une autre nature que ceux qui sont exercés dans l'Etat »⁴⁴ ?

La réponse de Georges Burdeau est non. « Le pouvoir de révision n'est pas d'une autre nature que celui que mettent en oeuvre les diverses autorités étatiques »⁴⁵. En conclusion selon Georges Burdeau, le pouvoir de révision « est un pouvoir qui est subordonné aux conditions mises à son exercice par l'acte constitutionnel »⁴⁶. La révision constitutionnelle est solidaire de l'ordre statutaire préétabli⁴⁷. La puissance déployée par l'organe chargé de la révision constitutionnelle n'est pas extérieure à l'ordre étatique⁴⁸.

En conclusion, selon la théorie positiviste, le pouvoir de révision constitutionnelle est un pouvoir étatique organisé par la constitution, et par conséquent il est limité par celle-ci, comme tous les autres pouvoirs étatiques.

* * *

Quant à la question de savoir *par quelles limites le pouvoir de révision constitutionnelle est lié*, la réponse de la théorie positiviste est claire : *le pouvoir de révision constitutionnelle est lié seulement par les limites prévues par la constitution*. Alors pour savoir plus précisément quelles limites s'imposent à l'exercice de ce pouvoir, il faut se reporter à la constitution du pays considéré. Nous allons faire plus bas l'inventaire de ces limites dans le cas de la Constitution française de 1958⁴⁹ et dans celui de la Constitution turque de 1982⁵⁰.

Par exemple dans la Constitution française de 1958, il n'y a que trois limites à la révision constitutionnelle⁵¹ : l'interdiction de réviser la Constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art.89, al.4) ; l'interdiction de réviser la

41. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.94.

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*, p.89.

44. *Ibid.*, p.90.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*, p.77.

47. *Ibid.*, p.99.

48. *Ibid.*, p.99-100.

49. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

50. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

51. L'interdiction de réviser la Constitution pendant l'application de l'article 16 sera discutée dans la Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, C.

Constitution durant la vacance de la Présidence de la République (art.7) ; l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement (art.89, al.5).

* * *

Ici il convient de souligner qu'en France, dans la doctrine positiviste « classique », il y a une tendance consistant à établir une *distinction entre les limites formelles et les limites matérielles à la révision constitutionnelle* à l'égard de leur valeur juridique. Cette doctrine accepte la valeur juridique des *limites formelles* à la révision constitutionnelle, alors qu'elle refuse de la reconnaître aux limites matérielles à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel.

Par exemple, comme on l'a vu, Raymond Carré de Malberg et Georges Burdeau (dans sa thèse de doctorat), deux représentants de la doctrine positiviste « classique », affirment que le pouvoir de révision constitutionnelle est un pouvoir qui s'exerce dans le cadre déterminé par la constitution ; cependant les mêmes auteurs défendent que ce pouvoir est *matériellement illimité*, il peut réviser la constitution comme il le veut, à la seule condition de respecter les règles de procédure fixées par la constitution à cet effet. Selon Carré de Malberg, la révision constitutionnelle

« peut être plus ou moins étendue : elle peut avoir pour but, soit de réviser la Constitution en quelques points limités, soit de l'abroger et de la remplacer pour le tout. Mais quelle que soit l'importance de ce changement constitutionnel, qu'il soit total ou partiel, il devra s'opérer suivant les règles fixées par la Constitution même qu'il s'agit de modifier »⁵².

Quant à Georges Burdeau, à propos de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement (la loi constitutionnelle du 14 août 1884), il défendait que cette interdiction ne s'impose pas à l'exercice du pouvoir de révision⁵³.

Egalement, comme on va le voir plus bas, à propos de la même interdiction, Joseph-Barthélemy et Paul Duez défendaient qu'elle est privée de valeur juridique. Selon les auteurs, « du strict point de vue juridique, ce procédé est manifestement sans valeur puisqu'il consacre, en somme, l'intangibilité *absolue* d'une partie de la constitution »⁵⁴. Ainsi ils affirmaient que les dispositions qui prévoient l'intangibilité d'un régime « ne constituent que de simples *voeux*, sans force juridique obligatoire »⁵⁵.

La même thèse a été récemment reprise par Georges Vedel. En se demandant quelles sont les limites à la révision constitutionnelle, il affirme qu'

« il n'en existe qu'une à vrai dire infranchissable : c'est que la révision ne peut s'opérer que selon les règles de compétence et de procédure inscrites dans la Constitution. Si cette exigence n'est pas remplie, la prétendue révision, quel que soit son contenu, est impossible en droit »⁵⁶.

52. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.497.

53. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.3-4.

54. Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.231.

55. *Ibid.*

56. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.89-90.

Mais selon lui, « *la révision, compétemment opérée, ne saurait être enfermée dans des limites* »⁵⁷.

* * *

A notre avis, entre ces deux types de limites (celles de fond et celles de forme), il ne peut y avoir aucune différence de valeur juridique. Car les deux aussi sont prévues par la même constitution. Elles sont des dispositions de la constitution. Si le pouvoir de révision constitutionnelle est lié par les unes, il est lié aussi par les autres. Car, comme on l'a déjà montré⁵⁸, dans la conception formelle de constitution, il n'y a aucune différence de nature juridique entre les dispositions de la constitution.

En effet, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel, quel que soit leur objet, ne sont pas autres choses que des dispositions de la constitution qui règlent la révision constitutionnelle. Autrement dit, à la place de l'expression des « limites à la révision constitutionnelle », on peut parfaitement utiliser celle des « dispositions de la constitution qui règlent la révision constitutionnelle ». Dans ce cas, dire que le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas lié par les limites matérielles à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels revient à nier la valeur juridique des dispositions constitutionnelles.

Par conséquent, l'attitude de ces auteurs sur ce point n'est pas véritablement « positiviste ». En effet, comme nous l'avons expliqué dans l'introduction générale, selon la théorie positiviste, il n'appartient pas à la science du droit de critiquer les règles trouvant leur source dans les textes positifs. Ces auteurs faussement taxés « positivistes » auraient du se contenter de faire une analyse descriptive des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel, et non pas les critiquer⁵⁹.

En réalité, la théorie positiviste est complètement indifférente à l'égard du contenu d'une limite à la révision constitutionnelle. Pour cette théorie, la seule qui compte est le fait que la limite en question trouve son fondement dans un texte positif. Alors selon la théorie positiviste, toutes les limites à la révision constitutionnelle, quel que soit leur objet (forme, temps ou fond)⁶⁰ ont la force obligatoire, par conséquent elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

57. *Ibid.*, p.90.

58. Titre Préliminaire, Chapitre 1, § 1.

59. Par exemple, Joseph Barthélemy et Paul Duez qualifient la limite matérielle inscrite dans la loi constitutionnelle de 1884 d'« absurdité juridique et politique » Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.236).

60. Comme on l'a vu, selon la doctrine faussement taxée de « positiviste », les limites formelles ont la valeur juridique, car elles sont des « règles de compétence ». Il est vrai que les limites *formelles* déterminent la compétence du pouvoir de révision constitutionnelle. Cependant les limites *matérielles* et les limites *temporelles* elles aussi peuvent être considérées comme des règles de compétence, car les limites de fond déterminent la compétence *ratione materiae*, et les limites de temps définissent la compétence *ratione temporis* du pouvoir de révision constitutionnelle.

En conclusion, selon la théorie positiviste, le pouvoir de révision constitutionnelle est lié seulement par les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel. Mais ce pouvoir est lié par toutes ces limites, quel que soit leur objet. Ainsi ces limites peuvent être de nature formelle, temporelle ou matérielle, à condition qu'elles soient inscrites dans le texte constitutionnel.

Voyons maintenant le fondement jusnaturaliste de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle.

2. Le fondement jusnaturaliste ; la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par les limites non inscrites dans la constitution

Nous allons d'abord exposer le fondement jusnaturaliste de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle à partir des différents auteurs, ensuite nous essayerons de le critiquer.

a. Exposé

Quand il s'agit de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, certains auteurs ne se contentent pas d'énumérer les limites à la révision constitutionnelle prévues expressément par la constitution ; en allant encore plus loin, ils cherchent d'autres limites susceptibles de s'imposer à l'exercice de ce pouvoir.

Parmi ces auteurs, certains prétendent qu'il y a des *principes supraconstitutionnels* qui s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. D'autres pensent qu'il y a une *hiérarchie entre les normes constitutionnelles*, et par conséquent les normes constitutionnelles de rang supérieur dans la hiérarchie constituent des limites à la révision constitutionnelle. Encore certains auteurs déduisent des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle de *l'esprit de la constitution*.

Ainsi ces auteurs croient pouvoir découvrir l'existence des limites qui ne figurent pas dans les textes constitutionnels et qui s'imposent cependant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. En d'autres termes, c'est la doctrine qui a inventé ces limites. Elles sont donc des constructions doctrinales. Nous allons examiner longuement ces limites proposées par la doctrine dans le deuxième titre de la première partie de notre thèse. On peut y trouver l'exposé et la critique de ces thèses. C'est pourquoi, nous n'entrons pas ici dans ce débat.

A titre d'exemple, nous voulons ici illustrer la limitation jusnaturaliste du pouvoir de révision constitutionnelle par les doctrines de Maurice Hauriou, de Georges Burdeau, de Carl Schmitt et d'Olivier Beaud.

Maurice Hauriou

Maurice Hauriou accorde une valeur juridique à l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement prévue par la loi constitutionnelle du 14 août 1884. Selon Hauriou, « il faudrait bien conclure logiquement de ce texte (de 1884) qu'une révision de la constitution modifiant la forme républicaine du gouvernement serait inconstitutionnelle »⁶¹. En effet, cette affirmation n'est pas en contradiction avec la théorie positiviste du droit. Elle consiste à dire que le pouvoir de révision constitutionnelle est lié par la limite de fond inscrite dans le texte constitutionnel. Mais Maurice Hauriou n'en reste pas là. Il défend le principe de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle en tout état de cause. Il limite le pouvoir de révision constitutionnelle non seulement la limite matérielle prévue par le texte constitutionnel, mais aussi par d'autres limites non inscrites dans le texte constitutionnel. Selon lui,

« il existe de nombreux principes fondamentaux susceptibles de constituer une légitimité constitutionnelle placée au-dessus de la constitution écrite... Sans parler de la forme républicaine du gouvernement pour laquelle il y a un texte, il est beaucoup d'autres principes pour lesquels *il n'est pas besoin de texte, car le propre des principes est d'exister et de valoir sans texte* »⁶².

Dans le même sens, il a écrit également ceci :

« La loi constitutionnelle elle-même ne doit pas échapper au contrôle du juge, il y a des occasions où le contrôle pourrait s'exercer sur elle. Par exemple, au fond, un amendement à la constitution en contradiction avec cette *légitimité constitutionnelle...* qui est au-dessus de la superlégalité elle-même parce qu'elle se compose de principes et que les que les principes sont toujours au-dessus des textes »⁶³.

Georges Burdeau (dans son Traité)

Nous avons vu que dans sa thèse de doctorat, Georges Burdeau soutient le fondement positiviste de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle. Par conséquent pour lui, ce pouvoir s'exerce suivant les règles de procédure fixées par la constitution. En dehors de ces règles de forme, le pouvoir de révision est illimité. Par contre, dans son *Traité de science politique*, Georges Burdeau a changé d'avis. Dans le *Traité*, il dit qu'

« ayant moi même soutenu une thèse analogue, je crois après plus apte réflexion, qu'elle n'est pas fondée »⁶⁴.

La différence entre les deux thèses défendues par Georges Burdeau se concentre surtout sur la question de savoir par quelles limites le pouvoir de révision constitutionnelle est lié. Dans la première, le pouvoir de révision constitutionnelle est lié seulement par les limites de forme prévues par la constitution. Par contre

61. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{re} édition, 1923, p.297.

62. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

63. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e édition, 1929 (reprint par C.N.R.S., Paris, 1965), p.269.

64. Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t.IV, p.237. C'est nous qui soulignons.

dans la deuxième (défendue dans son *Traité*), le pouvoir de révision constitutionnelle est lié, non seulement par ces limites, mais encore, par les limites de fond. Ainsi selon Georges Burdeau, les limites de fond prévues par la constitution sont valables. Car,

« lorsque la constitution interdit qu'il soit porté atteinte à la forme du régime..., elle refuse... à l'organe de révision, la faculté d'opérer des réformes qui, par leur nature ou leur importance, dépassent les possibilités d'un pouvoir institué »⁶⁵.

« On se demande, dit-il, à quoi servirait une constitution si telles dispositions n'avaient aucune valeur juridique et pouvaient être violées par les organes mêmes qu'elle établit »⁶⁶!

En effet, cette idée n'est pas contraire à la conception positiviste. Elle consiste à dire que le pouvoir de révision constitutionnelle est lié par la limite de fond inscrite dans le texte constitutionnel. Mais, comme Maurice Hauriou, Georges Burdeau n'en reste pas là. Il propose encore d'autres limites de fond à l'exercice du pouvoir de révision qui ne sont pas prévues par le texte constitutionnel. Ainsi il défend d'une manière générale la limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle. Il le dit clairement :

« Dire que le pouvoir de révision est limité, cela revient en effet à soutenir, non seulement qu'il est lié par les conditions de forme et de procédure mises à son exercice par le texte – ce qui est l'évidence même – mais encore qu'il est incompétent, au fond, pour abroger la constitution existante et en élaborer une nouvelle »⁶⁷.

D'ailleurs ajoute-t-il, l'organe révisionniste

« est solidaire du régime établi par la constitution et ne saurait, sans commettre un détournement de pouvoir, ruiner les bases fondamentales du système politique auquel est liée son existence »⁶⁸.

Egalement, selon la thèse défendue dans le *Traité*, le pouvoir de révision constitutionnelle est lié encore par l'*esprit du régime politique* et la *substance de l'idée de droit*⁶⁹.

En résumé, Georges Burdeau limite le pouvoir de révision constitutionnelle non seulement par les limites prévues expressément par la constitution, mais encore par les limites non inscrites dans le texte constitutionnel.

65. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

66. *Ibid.*, p.239.

67. *Ibid.*, p.231. C'est nous qui soulignons. « Il [le pouvoir de révision] est créé par la constitution, par conséquent, en abrogeant celle-ci, il détruirait le fondement de sa propre compétence ; en établissant une nouvelle, il s'attribuerait à lui-même une puissance qui n'a de sens que si elle est déléguée » (*Ibid.*, p.232).

68. *Ibid.*, p.238.

69. *Ibid.*, p.197, 238, 244-247.

Carl Schmitt

Selon Carl Schmitt, le pouvoir de révision constitutionnelle

« 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. Dans le cadre d'une réglementation légiconstitutionnelle, il ne peut pas y avoir de pouvoirs illimités, et toute compétence est limitée »⁷⁰.

En d'autres termes, selon le célèbre constitutionnaliste du III^e Reich,

« la compétence des lois constitutionnelles (par ex. l'art.76 RV) est, comme tout pouvoir découlant de lois constitutionnelles, une compétence réglée par la loi, c'est-à-dire limitée par principe. Elle ne peut pas sortir du cadre fourni par la réglementation légiconstitutionnelle, sur laquelle elle repose »⁷¹.

Jusqu'ici, la théorie de Carl Schmitt n'est pas différente de la théorie positiviste. Cependant, quant à la question de savoir par quelles limites le pouvoir de révision constitutionnelle est lié, la réponse de Carl Schmitt n'est pas du tout positiviste. Car, les limites qu'il propose ne trouvent pas leur fondement dans le texte constitutionnel.

En effet, Carl Schmitt déduit ces limites directement de sa distinction entre le pouvoir constituant [originaire] et le pouvoir de révision constitutionnelle. Comme on l'a vu, il définit le pouvoir de révision constitutionnelle comme le pouvoir de réviser les « lois constitutionnelles », et non pas la « constitution », c'est-à-dire les « décisions politiques fondamentales »⁷². Par conséquent, les dispositions de la constitution exprimant « les décisions politiques fondamentales » sont intangibles à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle⁷³, autrement dit, elles constituent des limites à l'exercice de ce pouvoir. Or, l'intangibilité de ces dispositions n'est pas prévue par la constitution elle-même. En d'autres termes, cette intangibilité ne découle pas des textes constitutionnels, mais de la doctrine de Carl Schmitt. D'ailleurs, Carl Schmitt lui-même l'exprime d'une façon assez claire : « les limites du pouvoir de révision constitutionnelle découlent de la *notion bien comprise* de révision constitutionnelle »⁷⁴, c'est-à-dire, non pas du « texte de la constitution ».

Maintenant voyons cette « notion bien comprise de révision constitutionnelle » :

« Un pouvoir de 'réviser la constitution' attribué par une normation des lois constitutionnelles signifie qu'une ou plusieurs dispositions légiconstitutionnelles peuvent être rempla-

70. Schmitt, *op. cit.*, p.241.

71. *Ibid.*, p.236.

72. *Ibid.*, p.155. « Par la voie de l'art.76, on peut modifier les *lois* constitutionnelles, mais pas la constitution » (*Ibid.*, p.156). « Que la 'constitution' puisse être révisée ne veut pas dire que les décisions politiques fondamentales qui constituent la substance de la constitution peuvent être abrogées à tout moment par le parlement ou remplacées par n'importe quelles autres. Le Reich allemand ne peut pas être transformé en monarchie ou en république soviétique par une décision du Reichstag à la majorité des deux tiers » (*Ibid.*).

73. *Ibid.*, p.156.

74. *Ibid.*, p.241-242. C'est nous qui soulignons.

cées par d'autres, mais seulement à la condition que l'identité et la continuité de la constitution dans son ensemble soient préservées. Le pouvoir de révision constitutionnelle ne contient donc que le pouvoir d'apporter à des dispositions légiconstitutionnelles des modifications, additions, compléments, suppressions, etc., mais pas le pouvoir de donner une nouvelle constitution, et pas d'avantage le pouvoir de modifier le fondement de sa propre compétence de révision constitutionnelle, de l'élargir ou de le remplacer par un autre »⁷⁵.

D'ailleurs, Carl Schmitt déduit de cette « notion bien comprise de révision constitutionnelle » d'autres limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle : ce pouvoir ne peut anéantir⁷⁶, abroger⁷⁷, déroger⁷⁸ ou suspendre⁷⁹ la constitution.

Olivier Beaud

Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent⁸⁰, selon Olivier Beaud, il y a un rapport *hiérarchique* entre le pouvoir constituant [originaire] et le pouvoir de révision⁸¹. Le premier est un pouvoir souverain, tandis que le second est un pouvoir non souverain⁸². Le pouvoir constituant [originaire] est toujours illimité et le pouvoir de révision est toujours limité⁸³. En d'autres termes, comme Carl Schmitt, Olivier Beaud tire la limitation du pouvoir de révision directement de sa distinction entre le pouvoir constituant [originaire] et le pouvoir de révision constitutionnelle. Le premier est supérieur au second.

En effet selon la théorie positiviste aussi, il y a une hiérarchie entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle. Mais dans la théorie positiviste cette hiérarchie n'existe que *du point de vue organique et formel*. Par contre, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, du point de vue de leur fonction, il n'existe pas de hiérarchie entre ces deux pouvoirs constituants⁸⁴. Et justement la théorie que défend Olivier Beaud à propos de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle diffère de la théorie positiviste sur ce point. Selon lui, « cette supériorité [du pouvoir constituant originaire sur le pouvoir de révision] *ne peut être d'ordre formel, elle est d'ordre matériel* »⁸⁵.

Le professeur Beaud appelle cette théorie la « limitation matérielle de la révision ». Il consacre à cette théorie plus de 50 pages dans son ouvrage sur *La*

75. *Ibid.*, p.241-242.

76. *Ibid.*, p.242. L'anéantissement de la constitution est défini par Schmitt, comme « l'abrogation de la constitution en place accompagnée de l'abrogation du pouvoir constituant qui l'a fondait » (*op. cit.*, p.237).

77. *Ibid.*, p.243.

78. *Ibid.*, p.245.

79. *Ibid.*, p.248.

80. Ce titre, Chapitre 1, § 2, B, 2.

81. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.316 ; Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.15.

82. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.319.

83. *Ibid.*, p.336-337 ; Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1048.

84. Titre préliminaire, Chapitre 1, § 2, C, 4, b.

85. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.364. C'est nous qui soulignons.

*puissance de l'Etat*⁸⁶. Tout au long de ces pages, il essaye d'établir « *une distinction entre la disposition constitutionnelle intangible et la disposition constitutionnelle révisable* »⁸⁷. En effet, seulement après avoir établi une telle distinction, la limitation *matérielle* du pouvoir de révision constitutionnelle peut logiquement être possible.

Selon la théorie positiviste, une telle distinction ne peut être établie que par l'organe « authentique », en l'occurrence le pouvoir constituant originaire. Ainsi si et seulement si le pouvoir constituant originaire a exclu expressément quelques dispositions constitutionnelles de toute révision constitutionnelle (par exemple l'article 89, al.5, de la Constitution française), ces dispositions sont intangibles.

En revanche, Olivier Beaud croit pouvoir découvrir dans la Constitution les principes intangibles autres que ceux prévus expressément par le texte de la Constitution. Il distingue les principes intangibles des dispositions qui ne le sont pas par le fait que les premières relèvent de la souveraineté nationale du peuple⁸⁸. En d'autres termes, selon le professeur Beaud, les dispositions de la Constitution touchant à la souveraineté sont intangibles. Bref Olivier Beaud considère la souveraineté comme un « élément intangible de la Constitution »⁸⁹. Par conséquent, le principe de la souveraineté nationale du peuple constitue une limite à la révision constitutionnelle.

b. Critique

Nous allons essayer de critiquer la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle opérée par Maurice Hauriou, Georges Burdeau, Carl Schmitt et Olivier Beaud.

D'abord rappelons que selon ces quatre auteurs, comme on vient de le voir, le pouvoir de révision constitutionnelle est limité non seulement par les limites expressément prévues par la constitution, mais aussi par les limites qui ne sont pas inscrites dans le texte constitutionnel. Ainsi ces auteurs croient pouvoir découvrir l'existence des limites qui ne figurent pas dans les textes constitutionnels et qui s'imposent cependant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. En d'autres termes, ils déduisent ces limites non pas de la constitution, mais d'une certaine doctrine.

Maurice Hauriou déduit de ces limites d'« une légitimité constitutionnelle placée au-dessus de la constitution écrite » ; Georges Burdeau, de *l'esprit du régime politique* ou de la *substance de l'idée de droit*⁹⁰. Quant à Carl Schmitt, il tire ces limites de la « *notion bien comprise* de révision constitutionnelle »⁹¹, et non pas du « texte de la constitution ». Enfin, Olivier Beaud déduit ces limites directement de

86. *Ibid.*, p.329 et s.

87. *Ibid.*, p.349.

88. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1048-49.

89. Voir *Ibid.*, p.1061 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.479.

90. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.197, 238, 244-247.

91. *Ibid.*, p.241-242. C'est nous qui soulignons.

sa distinction entre le pouvoir constituant [originaire] qui est souverain et le pouvoir de révision constitutionnelle qui ne l'est pas.

Sur le plan pratique, ces auteurs limitent le pouvoir de révision constitutionnelle, soit, par les principes qui ne figurent pas du tout dans le texte constitutionnel (« les principes fondamentaux susceptibles de constituer une légitimité constitutionnelle au-dessus de la constitution écrite » (M. Hauriou), « l'esprit du régime politique » , « l'idée de droit » (G. Burdeau), soit par les dispositions constitutionnelles auxquelles ils attribuent une valeur supérieure par rapport aux autres (C. Schmitt, O. Beaud). En d'autres termes, soit ils posent des *principes supraconstitutionnels*, soit ils établissent *une hiérarchie entre les normes constitutionnelles*.

Nous allons critiquer longuement, dans le deuxième titre de la première partie de notre travail, les thèses favorables à l'existence des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle découlant des principes supraconstitutionnels, ou déduites de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles.

Mais notons toute de suite que la thèse de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par les *principes supraconstitutionnels* n'est pas fondée, car ces principes sont privés de toute *existence matérielle*. Ils ne figurent dans aucun support concret, dans aucun document. C'est pourquoi il est complètement impossible d'établir l'existence de l'*instrumentum* dans lequel ils se trouvent. Par conséquent, ces principes ne remplissent pas la première condition de la validité juridique, c'est-à-dire l'existence matérielle⁹². C'est pourquoi, selon la conception juridique que nous avons adoptée dans ce travail, ces principes, étant matériellement inexistantes, ne peuvent avoir aucune valeur juridique. Bref, les principes supraconstitutionnels ne sont pas valables, par conséquent il n'existe pas de limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle découlant de tels principes.

La limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par les normes hiérarchiquement supérieures de la constitution est également mal fondée. Car, comme on va le montrer plus loin⁹³, il n'y a pas de hiérarchie entre les normes d'une constitution. En effet, la hiérarchie ne peut être définie que par la notion de validité juridique. Ainsi, s'il y a une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, elles doivent tirer leur validité les unes des autres. Or, comme on le sait, toutes les normes à valeur constitutionnelle tirent leur validité d'un seul et unique acte : l'acte constituant (par exemple en France, le référendum constituant de 1958). En d'autres termes, aucune hiérarchie ne peut être établie entre les différentes normes à valeur constitutionnelle du point de vue de leur validité juridique. Toutes les normes constitutionnelles sont édictées par le même acte et elles peuvent être modifiées ou abrogées selon la même procédure de révision. Par conséquent elles ne diffèrent pas les unes des autres en validité juridique.

D'autre part, la théorie de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles implique inévitablement une *conception matérielle de la constitution*. Car, sans avoir préalablement accepté la conception matérielle de la constitution, on ne peut établir

92. Pour cette condition, voir Première partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, A.

93. Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 2.

aucune hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Or en droit positif, c'est la conception formelle qui est retenue. Et dans cette conception, ce qui compte, c'est la forme, non pas le contenu des dispositions. Ainsi toutes les dispositions de la constitution ont la même valeur juridique en tant que règles contenues dans le même texte. Par conséquent les dispositions constitutionnelles auxquelles on attribue le premier rang dans la hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité ne constituent pas des limites à la révision constitutionnelle, car, la révision de telles dispositions n'exige pas une procédure différente de celle d'une disposition constitutionnelle anodine.

Enfin, la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par l'esprit de la constitution n'est pas fondée. Tout d'abord, l'« esprit de la constitution » n'est pas une notion objectivement définissable. Les constitutions ne disent pas expressément quel est leur « esprit ». D'ailleurs, la notion même d'« esprit » exclut cette hypothèse. Par conséquent, les limites déduites de l'esprit de la constitution sont privées de toute valeur juridique, parce qu'elles ne remplissent pas la première condition de la validité juridique, c'est-à-dire l'existence matérielle. Ainsi ces limites ne trouvent pas leur fondement dans les constitutions. Elles ne sont pas formulées expressément par les textes constitutionnels. On ne peut pas les déduire encore de façon directe ou dérivée d'une disposition constitutionnelle. Par conséquent les limites proposées par la doctrine au nom de l'esprit de la constitution, comme au nom des principes supraconstitutionnels, sont privées en effet de toute existence positive. Bref, ces limites, étant positivement inexistantes, ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Comme le montre l'intitulé sous lequel nous les examinons, ces thèses ont le caractère *jusnaturaliste*. En effet, les thèses favorables à l'existence des limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans les textes constitutionnels ne sont soutenables que si et seulement si l'on accepte l'existence d'un droit naturel. Car pour attribuer la valeur juridique aux limites qui n'existent pas dans les textes positifs, on a nécessairement besoin d'une conception *jusnaturaliste* du droit. Or, dans notre travail, nous refusons par hypothèse même la conception *jusnaturaliste* du droit.

* * *

Parmi ces trois auteurs, c'est Olivier Beaud qui est en effet le plus conscient du caractère *jusnaturaliste* de leur doctrine. Selon lui,

« la doctrine de la limitation matérielle de la révision constitutionnelle présuppose une distinction entre la disposition constitutionnelle intangible et la disposition constitutionnelle révisable »⁹⁴.

Le problème alors se concentre sur le point de savoir qui est compétent pour opérer cette distinction. Pour la théorie positiviste, seulement l'autorité « authentique », en l'occurrence le pouvoir constituant originaire est compétente pour établir une telle distinction. Par contre pour Olivier Beaud, cette distinction peut être établie aussi par la doctrine. Pour cela, selon lui, « il faudra un *effort de construc-*

94. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p.349-350. C'est nous qui soulignons.

tion doctrinale »⁹⁵. Pour sa part, comme on l'a vu, il établit une telle distinction entre les dispositions constitutionnelles par le fait qu'elles touchent ou non à la souveraineté nationale du peuple⁹⁶. Par conséquent il considère la souveraineté comme un « élément intangible de la Constitution »⁹⁷. Ainsi, en prévoyant son intangibilité, le professeur Beaud dote la souveraineté nationale d'un statut de *supraconstitutionnalité* et il opère ensuite une *hiérarchie* entre les dispositions constitutionnelles en fonction de ce principe. C'est pourquoi, la doctrine d'Olivier Beaud est inévitablement de caractère jusnaturaliste.

Cependant, le professeur Olivier Beaud croit que

« la doctrine de la limitation matérielle de la révision n'a pas du tout besoin d'invoquer une 'supraconstitutionnalité' au sens d'un 'droit naturel constitutionnel'. Il lui suffit de s'appuyer sur le texte constitutionnel pour en déduire un principe de légitimité inhérent à toute constitution »⁹⁸.

A notre avis, justement le professeur Beaud aurait dû nous montrer le texte sur lequel il s'appuie pour en déduire le principe d'intangibilité de la souveraineté nationale. S'il s'appuie sur le texte de l'article 3 de la Constitution de 1958, il ne peut pas en déduire son intangibilité, car la constitution ne la prévoit pas. Et si Olivier Beaud ne s'appuie pas sur le texte de l'article 3, le principe de la souveraineté nationale est nécessairement de caractère « supraconstitutionnel au sens d'un 'droit naturel constitutionnel' ». Il n'existe pas de moyen terme dans cette alternative. Ou bien il s'appuie sur le texte de l'article 3 ; ou bien il ne s'y appuie pas pour déduire l'intangibilité de la souveraineté nationale. Si la première hypothèse est vraie, Olivier Beaud doit montrer dans quelles phrases de l'article 3 est prévue l'intangibilité de la souveraineté nationale. Si l'on est dans la deuxième hypothèse, ce principe est privé de toute existence matérielle, par conséquent, il ne s'impose pas à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Et dans cette hypothèse, affirmer que le pouvoir de révision constitutionnelle est limité par le principe de la souveraineté nationale implique inévitablement l'acceptation d'une conception jusnaturaliste du droit.

Même si Olivier Beaud ne veut pas être qualifié de jusnaturaliste, il défend bel et bien une conception jusnaturaliste du droit, d'ailleurs il ne le cache pas, sinon comment interpréter le passage suivant ?

« [L]a conception matérielle du droit constitutionnel... présente l'avantage de ne pas couper ce droit de sa base politique. Elle permet également d'éviter au juriste de se perdre dans les sables mouvants du formalisme et de la pure technique juridique, en lui imposant de rester sensible aux questions les plus vives de sa discipline. Enfin, et ce n'est pas mineur, car c'est l'objet général de ce travail, cette défense de l'acte constituant, cette recherche de sa protection contre les offensives éventuelles du pouvoir de révision constitutionnelle, vise en dernière instance à protéger le Souverain qui n'est autre que le peuple constituant »⁹⁹.

95. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1050. C'est nous qui soulignons.

96. *Ibid.*, p.1048-49.

97. *Ibid.*, p.1061 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.479.

98. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.349.

99. *Ibid.*, p.376.

Dans ce passage, on voit également que le professeur Beaud essaye de justifier sa conception matérielle du droit constitutionnel. Selon lui, cette conception a certains « avantages ». Car, elle a pour objet de « protéger le Souverain » « contre les offensives éventuelles du pouvoir de révision constitutionnelle ». Or, comme nous l'avons indiqué dans l'introduction générale, selon la théorie positiviste, il n'appartient pas à la science du droit de justifier telle ou telle doctrine sur telle ou telle institution. La science du droit a pour objet les normes juridiques. La tâche de la science du droit, comme celle de toutes les autres sciences est seulement de *décrire*, non pas de *prescrire*.

En conclusion, les auteurs qui défendent la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par des limites non inscrites dans la constitution ont nécessairement une conception jusnaturaliste. Ainsi ces limites ne sont pas posées par l'autorité compétente, c'est-à-dire le pouvoir constituant originaire, mais par ces auteurs eux-mêmes. Par conséquent, ils se sont substitués non seulement au législateur ordinaire, mais encore au pouvoir constituant originaire, grâce à la théorie de la supraconstitutionnalité, de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles, de l'esprit de la constitution, etc.

- UNE QUESTION PARTICULIERE : LE POUVOIR DE REVISION EST-IL LIMITE AU CAS OU IL EST EXERCE DIRECTEMENT PAR LE PEUPLE ?

A propos de la limitation du pouvoir de révision, une dernière question mérite d'être posée : *le pouvoir de révision est-il limité au cas où il est exercé directement par le peuple ?*

Cette question surgit dans des systèmes où le peuple est considéré à la fois comme le titulaire du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle. La Constitution française de 1958 illustre parfaitement cette situation. Dans ce système, d'une part, le titulaire du pouvoir constituant originaire est le peuple (référendum du 28 septembre 1958) et d'autre part, au cas où la Constitution est révisée par la voie référendaire, le titulaire du pouvoir de révision est encore le peuple (par exemple, référendum du 28 octobre 1962). Alors, dans un tel système, *le peuple est-il lié par les limites à la révision constitutionnelle, au cas où il exprime sa volonté dans le cadre d'une révision constitutionnelle ?*

On peut envisager deux réponses opposées à cette question.

La première réponse. – Selon cette réponse, le pouvoir de révision est illimité au cas où il est exercé directement par le peuple. En effet, cette réponse a été envisagée par le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 6 novembre 1962. Nous allons étudier en détail cette décision dans la deuxième partie de notre thèse¹⁰⁰. Dans cette décision, le Conseil s'est déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois adoptées par le peuple à la suite d'un référendum. Le principal motif d'incompétence du Conseil était le fait que les lois « adoptées par le

100. Voir *infra*, Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, A.

Peuple à la suite d'un référendum » « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »¹⁰¹.

Comme l'observe Léo Hamon, dans cette décision, le peuple est perçu comme « l'instance la plus haute, celle dont la décision s'impose nécessairement aux autres instances, qui si élevées soient-elles, sont au-dessous de la Nation »¹⁰². Par conséquent, comme le note Olivier Beaud, « l'acte de révision constitutionnelle édicté par le peuple est incontestable justement parce qu'il s'agit d'un acte de souveraineté. Le Conseil constitutionnel admettrait donc *la thèse de la souveraineté du pouvoir de révision exercé par le peuple* »¹⁰³.

La deuxième réponse. – Selon cette réponse, le pouvoir de révision constitutionnelle est limité même au cas où il est exercé directement par le peuple. Cette réponse est donnée par plusieurs auteurs de tendances aussi différentes tels que Raymond Carré de Malberg ou Carl Schmitt ou Georges Burdeau.

Selon Carré de Malberg, les organes assignés par la constitution pour exercer le pouvoir de réviser la constitution peuvent être,

« soit une assemblée spécialement élue dans ce but, *soit le corps des citoyens actifs agissant par la voie du gouvernement direct*, soit encore une ou plusieurs des autorités constituées elles-mêmes. Mais, *quelles que soient les personnes ou les assemblées appelées à exercer la fonction constituante, elles présenteront le caractère juridique d'organes étatiques* »¹⁰⁴.

C'est-à-dire, d'après Carré de Malberg, le peuple qui intervient dans le cadre d'une révision constitutionnelle n'est qu'un organe étatique, c'est-à-dire un pouvoir constitué, par conséquent il est limité.

D'autre part, Carl Schmitt aussi place sur un pied d'égalité l'intervention du peuple dans le cadre de révision constitutionnelle et la décision parlementaire. Selon lui,

« tout ce qui, sur le fondement des lois constitutionnelles, survient dans le cadre des compétences définies par les lois constitutionnelles, est par essence même d'une autre nature qu'un acte du pouvoir constituant [originaire]. *Même les pouvoirs et compétences du 'peuple'* – c'est-à-dire des citoyens ayant le droit de vote et suffrage – *fixés par les*

101. C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, *Rec.*, 1962, p.27. Voir également C.C., décision n° 82-313 DC du 23 septembre 1992, *Maastricht III*, *Rec.*, 1992, p.95.

102. Léo Hamon, Note sous la décision du 6 novembre 1962, *Recueil Dalloz*, 1963, p.399. Un autre auteur, François Luchaire, qui critique d'ailleurs d'autres arguments d'incompétence du Conseil constitutionnel, approuve cette affirmation. Selon le président Luchaire, « il y a entre le peuple et ses représentants la différence très classique entre pouvoir instituant et pouvoir institué ; le premier confère les compétences, le second les reçoit ; seul celui-ci peut-être limité ; celui-là dispose au contraire d'un pouvoir illimité et sans contrôle ; tout ceci est une manière un peu théorique de dire que lorsque le peuple a décidé, les organes de l'Etat doivent s'incliner ; c'est cela démocratie » (Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.129).

103. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.418.

104. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.494. C'est nous qui soulignons.

lois constitutionnelles, comme l'élection du Reichspräsident d'après l'art. 41 RV¹⁰⁵, du Reichstag d'après l'art. 20 RV, la décision populaire d'après l'art. 73 RV, *ne sont pas des pouvoirs du peuple souverain* qui se donne une constitution et établit des actes du pouvoir constituant [originaire], *mais sont des compétences dans le cadre de la constitution donnée...* L'art.73 RV¹⁰⁶ ne donne au peuple que des pouvoirs fixés légiconstitutionnellement, nullement supérieurs à ceux du Reichstag. Il n'est pas non plus placé au-dessus de ce dernier »¹⁰⁷.

Egalement selon Georges Burdeau, le pouvoir de révision constitutionnelle est limité au cas où il est exercé par le peuple. « Le fait que, dit-il, le peuple est appelé à se prononcer directement n'enlève rien juridiquement au caractère de pouvoir institué qui est celui de l'organe de révision »¹⁰⁸. En effet Georges Burdeau écarte l'argument de l'identité entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle en cas d'une intervention du souverain dans la procédure de révision constitutionnelle¹⁰⁹. Car, selon lui,

« d'une part, si le souverain est appelé à donner son avis et même à décider, il est lié par les formes auxquelles la procédure de révision subordonne l'expression de sa volonté. *Il ne jouit donc pas de ce caractère inconditionné qui lui appartient à titre originaire.* D'autre part, il y a lieu de réserver l'hypothèse d'un changement de souverain. Quand la constitution prévoit la participation du souverain à l'opération révisionniste, c'est évidemment celle du souverain tel qu'il est reconnu par le régime politique existant. Le nouveau souverain est tenu à l'écart de la procédure, par conséquent on ne saurait dire que son pouvoir constituant se trouve inclus dans l'organisation de la révision »¹¹⁰.

Olivier Beaud a discuté longuement cette question dans son ouvrage sur *La puissance de l'Etat*¹¹¹. Sans entrer dans les détails, notons seulement qu'il a conclu que le pouvoir de révision constitutionnelle est limité, même s'il est exercé directement par le peuple. Le professeur Beaud tire cette conclusion toujours de sa « doctrine de la limitation matérielle de la révision ». Comme on l'a vu plus haut, cette doctrine repose sur une distinction entre l'acte constituant et l'acte de révision. Selon Olivier Beaud,

« lorsque le peuple s'exprime, il faut d'abord toujours rechercher si l'objet de sa décision porte sur des dispositions fondamentales (sur des matières de souveraineté) ou sur des objets secondaires. Il est souverain dans le premier cas, et sa décision est incontestable.

105. RV = *Reichsverfassung*, c'est-à-dire la Constitution du Reich allemand du 11 août 1919, dite Weimar.

106. L'art.73 de la Constitution de Weimar est relative au référendum.

107. Schmitt, *op. cit.*, p.235-236. C'est nous qui soulignons.

108. Burdeau, *Traité de science politique*, 3^e éd., *op. cit.*, t.IV, p.240.

109. *Ibid.*, p.197.

110. *Ibid.* Cependant notons que Georges Burdeau plus loin affirme que « l'étendue des pouvoirs de l'organe de révision est fonction de l'importance de la participation du souverain à la procédure révisionniste. Sans doute le fait que le peuple est appelé à se prononcer directement n'enlève rien *juridiquement* au caractère de pouvoir institué qui est celui de l'organe de révision, mais du moins *politiquement*, son intervention a-t-elle pour effet, en rapprochant le pouvoir originaire du pouvoir institué, de donner à celui-ci une compétence pratiquement égale qui, en droit, appartient à celui-là » (*Ibid.*, p.240. C'est nous qui soulignons).

111. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.402-439.

En revanche, dans le second cas, et l'acte de révision populaire est, tout comme l'acte de révision parlementaire, un acte contestable »¹¹².

Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper, eux aussi pensent que le pouvoir de révision constitutionnelle est limité au cas où il est exercé directement par le peuple. A propos de la décision du 6 novembre 1962, ils notent que l'argument de l'intervention du peuple souverain invoque la théorie du pouvoir constituant originaire et lui donne « une saveur démocratique extrêmement séduisante »¹¹³. D'après eux, politiquement ce procédé a été efficace, mais « cela ne veut pas dire que juridiquement il pouvait être considéré comme fondé »¹¹⁴. Et les auteurs poursuivent :

« La théorie du pouvoir constituant originaire s'applique... dans une conjoncture très nettement définie : elle suppose qu'il n'y a pas de constitution. Soit parce qu'il n'y en a jamais eu (Etat neuf), soit parce que celle qui existait a été abolie par une révolution. Dans ces hypothèses, le peuple exerce librement son pouvoir constituant. mais au mois d'octobre 1962, il existait une constitution. Si le peuple avait entendu s'en affranchir, il le pouvait certes, mais alors il aurait accompli une révolution. Ne l'ayant pas faite, on doit admettre qu'il renonçait à exercer son pouvoir constituant autrement que selon les voies qu'il avait lui-même tracées en adoptant la constitution de 1958 »¹¹⁵.

D'autre part, Gérard Conac aussi souligne que

« lorsqu'il intervient en application d'une disposition précise de la Constitution, le corps électoral agit en tant que pouvoir institué et non pas à titre de pouvoir originaire, comme c'est le cas dans les périodes de vide constitutionnel ou de crise révolutionnaire »¹¹⁶.

Ainsi Il conclut que

« lorsque le peuple est saisi au titre de l'article 11..., il n'intervient pas en tant que juge constitutionnel ni à titre de constituant originaire. Il se prononce en tant que législateur sur l'opportunité d'un projet important pour l'avenir de l'Etat »¹¹⁷.

Le même argument a été également invoqué par Jean-Claude Escarras dans la *X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence* des 16 et 17 septembre 1994. A propos du refus du Conseil constitutionnel de contrôler les lois référendaires, il affirme que

« si politiquement on peut aisément concevoir une telle attitude, il faut bien reconnaître, en revanche, que 'juridiquement, cela ne tient pas'. En effet, lorsque le peuple intervient au titre de l'article 11 de la Constitution de 1958, il intervient en tant que pouvoir institué et non pas en tant que pouvoir instituant »¹¹⁸.

112. *Ibid.*, p.439.

113. Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.* 23^e éd., p.441.

114. *Ibid.*

115. *Ibid.*

116. Gérard Conac, « Article 11 », in Françoise Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.439.

117. *Ibid.*

118. Jean-Claude Escarras, Intervention à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, sur « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle ». Compte rendu de cette table-ronde réalisé par Thierry Di Manno, Ferdinand Mélin-Soucramanien et Joseph Pini, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 19, 1994, p.660.

Ainsi, dans la deuxième réponse, on distingue deux qualités du peuple : peuple en tant que pouvoir originaire et peuple en tant que pouvoir institué. Dans le premier cas, le peuple est souverain, par conséquent il est illimité. Mais dans sa deuxième qualité, le peuple est un organe constitué, par conséquent sa volonté est limitée. En conclusion, selon la deuxième réponse, le pouvoir de révision constitutionnelle est limité, même s'il est exercé directement par le peuple, car dans la procédure de révision constitutionnelle, le peuple intervient en tant que pouvoir constitué et non pas en tant que pouvoir constituant originaire.

* * *

Cependant rappelons que cette conclusion n'est pas retenue par le Conseil constitutionnel français. Dans sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois « adoptées par le peuple à la suite d'un référendum ». Le principal argument du Conseil constitutionnel consiste à dire que les lois « adoptées par le peuple à la suite d'un référendum » « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». Ainsi le Conseil a rejeté la thèse de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle au cas où il est exercé directement par le peuple. C'est-à-dire que la deuxième réponse n'est pas valable dans le droit positif français. Elle a été catégoriquement démentie par la jurisprudence constitutionnelle.

C'est pourquoi, en France, si le pouvoir de révision constitutionnelle est exercé directement par le peuple, statuant par le référendum, ce pouvoir est illimité, même si l'intervention du peuple est réalisée dans le cadre prévu par la constitution. Par conséquent, les limites à la révision constitutionnelle ne s'imposent pas au pouvoir de révision exercé directement par le peuple. En conclusion, dans le cas de la France, c'est seulement la première réponse qui est fondée.

CONCLUSION

A notre avis, il faut examiner *séparément* la question de la limitation du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle, parce qu'ils diffèrent par leurs conditions d'exercice, même s'ils exercent la même fonction.

1. Le *pouvoir constituant originaire* est un pouvoir *illimité*, car c'est un pouvoir de fait, et il s'exerce en dehors de toute constitution. Par conséquent il n'existe aucune règle ni constitutionnelle, ni supraconstitutionnelle s'imposant à l'exercice de ce pouvoir.

2. Par contre, le *pouvoir de révision constitutionnelle* est un pouvoir *limité*. Le caractère limité de ce pouvoir découle de la distinction même du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle. Le premier est un pouvoir souverain et initial, tandis que le second est un pouvoir créé par le premier. En d'autres termes, après avoir accepté que le pouvoir de révision constitutionnelle est un pouvoir institué par le pouvoir constituant originaire, il est tout à fait normal que ce pouvoir soit limité par la volonté de celui-ci. Par conséquent, le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut s'exercer que dans le cadre déterminé par le pouvoir constituant originaire dans la constitution.

Quant à la question de savoir *par quelles limites le pouvoir de révision constitutionnelle est lié*, nous acceptons la réponse positiviste. C'est-à-dire que ce pouvoir est lié *seulement* par les limites prévues par la constitution. Alors quand on regarde les constitutions, on voit que le pouvoir de révision constitutionnelle est limité en général par *les conditions de forme et de procédure*, et parfois par les *conditions de fond*. En dehors de ces limites, à notre avis, il n'existe pas de limite s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Nous refusons donc la théorie jusnaturaliste de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle.

Il convient de souligner que même les limites prévues expressément par la constitution ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir constituant *originnaire*. Car, les dispositions de la constitution sont adressées aux pouvoirs constitués, non pas au pouvoir constituant originnaire ; ce dernier, étant un pouvoir de fait, ne peut pas être lié par la constitution. D'ailleurs les limites à la révision constitutionnelle sont posées par le pouvoir constituant originnaire, et on ne peut pas logiquement prétendre que ce pouvoir est limité par ses propres créations. Ainsi le pouvoir constituant originnaire peut toujours supprimer ces limites par les voies révolutionnaires. Mais tant que ces limites ne sont pas supprimées par le pouvoir constituant *originnaire*, elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. C'est une conséquence logique du principe de la suprématie du pouvoir constituant originnaire.

En dernier lieu, notons qu'en *France*, selon la décision du 6 novembre 1962 du Conseil constitutionnel, le pouvoir de révision constitutionnelle est illimité, au cas où il est exercé directement par le peuple.

Première partie
LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

[Page laissée intentionnellement vide]

Première partie

LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Après avoir montré, dans le titre préliminaire, que le pouvoir de révision constitutionnelle est susceptible d'être limité, dans cette partie, nous nous poserons la question de savoir quelles sont les limites qui s'imposent à l'exercice de ce pouvoir.

D'abord, si l'on regarde les textes constitutionnels, on découvre tout de suite que les constitutions elles-mêmes prévoient des limites à leur révision ; c'est-à-dire qu'il y a des limites à la révision constitutionnelle qui figurent expressément dans les textes constitutionnels. Ces limites feront l'objet du *titre premier* de cette partie.

Cependant, quand il s'agit de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, certains auteurs ne se contentent pas d'énumérer les limites à la révision constitutionnelle prévues expressément par la constitution, allant encore plus loin, ils proposent d'autres limites à l'exercice de ce pouvoir. C'est pourquoi, nous avons réservé le *deuxième titre* de cette première partie à l'étude de la question de savoir s'il y a des limites à la révision constitutionnelle non inscrites dans les textes constitutionnels.

[Page laissée intentionnellement vide]

Titre 1
LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE
INSCRITES DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS

Les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels font l'objet de ce titre. Ainsi nous allons d'abord voir l'*inventaire* de ces limites (Chapitre 1) et ensuite la question de leur *valeur juridique* (Chapitre 2).

[Page laissée intentionnellement vide]

Chapitre 1

L'INVENTAIRE DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE INSCRITES DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS

Dans cette section nous nous efforcerons d'énumérer et de décrire les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels. Mais il est évident qu'un tel travail d'inventaire ne peut pas porter sur l'ensemble des pays du monde, à moins d'y réserver une étude monographique tout entière. Or, notre thèse a pour objet de rechercher la validité des limites à la révision constitutionnelle, et non pas de faire une étude descriptive de ces limites. Cependant sans les connaître, on ne peut pas étudier leur validité. C'est pourquoi, nous avons procédé à l'inventaire des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels seulement dans deux pays : la France et la Turquie.

Mais, avant de procéder à l'inventaire des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution française de 1958 et dans celui de la Constitution turque de 1982, il convient de faire une typologie générale de ces limites.

LA TYPOLOGIE GENERALE DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE INSCRITES DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS

Si l'on regarde les textes constitutionnels, on trouve plusieurs dispositions qui réglementent la révision constitutionnelle. Une partie de ces dispositions organise l'organe chargé de la révision constitutionnelle, d'autres parties déterminent la procédure suivant laquelle cet organe peut adopter une loi constitutionnelle. Enfin une autre partie de ces dispositions imposent des limites à la révision constitutionnelle. Ainsi, les constitutions interdisent leurs révisions pendant un certain délai ou sur tel ou tel point. Par conséquent il y a principalement *deux types* de limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels : les *limites matérielles* et les *limites temporelles*.

A. LES LIMITES MATERIELLES

Si l'on examine les textes, on voit que quelques constitutions interdisent la révision de certaines de leurs dispositions. On appelle ces interdictions les limites matérielles, les limites de fond ou les limites relatives à l'objet de la révision. En d'autres termes, quelques constitutions contiennent des dispositions intangibles, autrement dit des clauses irréfornables. On entend par là les dispositions constitutionnelles qui ne peuvent pas être révisées par la procédure de révision constitutionnelle¹. Ainsi si la constitution prévoit une telle intangibilité, la révision de la constitution ne peut pas porter sur toutes les matières.

Pourquoi une constitution exclut de toute révision certaines de ses dispositions ? Comme nous allons le voir plus tard, les constitutions déclarent intangibles en général les principes qu'elles jugent essentiels pour l'existence du régime politique qu'elles ont établi. Le but de ces interdictions est donc de protéger les bases fondamentales du système étatique.

On trouve les limites matérielles dans les plusieurs constitutions. En 1985, parmi les 142 constitutions écrites, Marie-Françoise Rigaux dénombre 38 constitutions qui consacrent le principe de l'immutabilité de certaines matières constitutionnelles².

1. La limite matérielle la plus rencontrée est celle de l'interdiction de réviser la *forme républicaine du gouvernement*. En France depuis la loi du 14 août 1884, les Constitutions interdisent de réviser la forme républicaine du gouvernement. La même interdiction figure aussi dans les Constitutions italienne (art.139)³, portugaise (art.288, al.3) et turque (art.4). L'intangibilité de la forme républicaine du gouvernement se retrouve également dans les pays africains : l'Algérie (art.195), le Cameroun (art.37), la Côte-d'Ivoire (art.73), la République centrafricaine (art.42), la Guinée équatoriale (art.59), le Gabon (art.85), le Madagascar (art.108), le Mali (art.76), le Sénégal (art.89), et le Togo (art.53).

2. Avec le même souci, mais dans le sens inverse, certaines constitutions monarchiques déclarent intangibles la *forme monarchique de l'Etat*. Ainsi au Maroc (art.101) et au Koweït (art.175) ce sont les dispositions constitutionnelles relatives au régime monarchique qui ne peuvent faire l'objet d'une révision. De même autrefois, les Constitutions iranienne de 1906 et grecque de 1952 interdisaient la révision de la forme monarchique de l'Etat.

1. Peter O'Connell, « Les procédures de révision constitutionnelle » (Le rapport adopté par l'Association des Secrétaires généraux des Parlements), in *Informations constitutionnelles et parlementaires*, 1978, 3^e série, n°114, p.41. Il faut signaler que ces dispositions sont toujours révisables par le pouvoir constituant originaire. Car, comme on l'a expliqué dans le titre préliminaire (Chapitre 2, Section 1), le pouvoir constituant originaire est permanent et les révolutions sont inévitables.

2. Marie-Françoise Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p.45.

3. Pour les sources voir la *liste des constitutions citées* à la fin de ce travail.

3. D'autre part, dans certains Etats fédéraux, c'est la *structure fédérale de l'Etat* qui est intangible. Par exemple, selon la Constitution allemande (art.79, al.3) « toute révision de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe de la participation des *Länder* à la législation... est interdite ». La Constitution brésilienne du 5 octobre 1988, elle aussi, interdit de réviser la forme fédérative de l'Etat (art.60).

4. Par contre, en Turquie, c'est le *caractère unitaire de l'Etat* qui est intangible (art.3). De même, la Constitution portugaise prévoit que « les lois de révision constitutionnelle doivent respecter... l'unité de l'Etat » (art.288, al.1, a).

5. Une autre interdiction qui l'on rencontre dans divers Etats est assez intéressante : c'est *l'interdiction de réviser les fondements idéologiques de l'Etat*⁴. Par exemple, la Constitution algérienne (art.195) consacre l'inaltérabilité de son organisation socialiste. La Constitution turque affirme l'intangibilité du nationalisme d'Atatürk (art.2). De même en Algérie (art.195), aux Comores (art.45), en Iran (non seulement la Constitution de 1979, mais aussi celle de 1906) et au Maroc (art.101), le *caractère islamique de l'Etat* est déclaré intangible.

6. Dans divers pays ce sont les *droits de l'homme qui sont déclarés intangibles*. (l'Algérie, art.195; l'Allemagne, art.1 en vertu de l'article 79 et le Portugal, art.288).

7. Une autre immutabilité prévue dans les diverses constitutions, c'est *l'intégrité du territoire de l'Etat*. Par exemple en Algérie (art.195), au Cameroun (art.37), au Portugal (art.288) et en Turquie (art.3) les constitutions interdisent la révision des dispositions constitutionnelles qui touchent à l'intégrité de leur territoire.

8. Nous venons d'énumérer les principales clauses irréformables rencontrées dans les différentes constitutions. Cependant il faut signaler qu'il est presque impossible de faire une liste exhaustive des limites matérielles à la révision constitutionnelle. Car, ces limites sont parfois formulées très largement.

Par exemple en *Allemagne* selon l'article 79, alinéa 3, les articles 1 et 20 sont intangibles. Et selon l'article 1,

(1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

(2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde.

(3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable⁵.

4. Voir Rigaux, *op. cit.*, p.48-49.

5. Traduction établie par C. Autexier in Henri Oberdorff (éd.), *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, Paris, La Documentation française, 1994, p.21. L'alinéa 3 a été amendé par la loi fédérale du 19 mars 1956.

Quant à l'article 20, il précise que

(1) La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social.

(2) Tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

(3) Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit.

(4) Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible⁶.

Enfin il faut souligner que dans le domaine des limites matérielles, le record appartient à la Constitution portugaise qui prévoit 18 limites matérielles. Selon l'article 288, les principes suivants sont intangibles :

- l'indépendance nationale ;
- l'unité de l'Etat ;
- la forme républicaine du gouvernement ;
- la séparation des Eglises et de l'Etat ;
- les droits, les libertés et les garanties des citoyens ;
- les droits des travailleurs, des commissions des travailleurs et des associations syndicales ;
- la coexistence du secteur public, du secteur privé et du secteur coopératif et social de propriété des moyens de production ;
- l'existence des plans économiques dans le cadre d'une économie mixte ;
- le suffrage universel, direct, secret et périodique ;
- le système de la représentation proportionnelle ;
- le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique ;
- le pluralisme des partis politiques ;
- le droit d'opposition démocratique ;
- la séparation et l'interdépendance des organes de souveraineté ;
- le contrôle de la constitutionnalité ;
- l'indépendance des tribunaux ;
- l'autonomie des collectivités locales ;
- l'autonomie politique et administrative des archipels des Açores et de Madère.

B. LES LIMITES TEMPORELLES

Les constitutions limitent parfois le pouvoir de révision constitutionnelle dans le temps. En d'autres termes, certaines constitutions interdisent leur révision pendant un certain laps de temps. Dans de tels cas, on parle des limites de temps du pouvoir de révision constitutionnelle.

Ces limites apparaissent de deux façons : la constitution interdit sa révision avant l'écoulement d'un certain délai à partir de sa mise en vigueur⁷. Ou bien elle exclut sa révision dans certaines circonstances. Voyons d'abord le premier cas.

6. Traduction établie par C. Autexier *in* Oberdorff, *op. cit.*, p.26. Le dernier alinéa a été inséré par la loi fédérale du 24 juin 1968.

7. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.290 ; Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, *op. cit.*, p.55 ; Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.231 ; Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Troper et Hamon, *op. cit.*, p.81.

1. L'interdiction de réviser la constitution avant l'écoulement d'un certain délai à partir de sa mise en vigueur

Dans ce cas, la question de révision de la constitution ne peut être posée pour la première fois qu'un certain temps après sa mise en vigueur⁸. En d'autres termes, la possibilité de révision n'est permise qu'après un certain délai⁹.

Dans ce but, soit les constitutions interdisent leur révision jusqu'à une date précise, soit elles déterminent un certain délai à partir de son entrée en vigueur.

Par exemple la Constitution des Etats-Unis (art.5) interdisait la révision de la première et de la quatrième clause de la neuvième section du premier article *avant l'année 1808* (art.5).

L'exemple le plus classique de l'interdiction de réviser la constitution avant l'expiration d'un certain délai est fourni par la Constitution française de 1791. Cette Constitution interdisait toute proposition de révision aux deux premières législatures, c'est-à-dire pendant quatre ans. De même la Constitution de Paraguay de 1967 interdit sa révision totale avant l'écoulement de dix ans, et sa révision partielle avant cinq ans à partir de sa publication (art.219).

Il faut encore signaler que certaines constitutions prévoient un laps de temps après la dernière révision. Par exemple, la Constitution portugaise de 1976 (art.284, al.1) précise que « l'Assemblée de la République peut réviser la Constitution cinq ans révolus après la date de la publication de la dernière loi de révision constitutionnelle ». Il en va de même pour la Constitution grecque de 1975 (art.110, al.6).

Enfin, une autre sorte de limitation du pouvoir de révision constitutionnelle dans le temps consiste à prévoir deux délibérations successives séparées par un intervalle de temps pour l'adoption des lois constitutionnelles. Par exemple, la Constitution italienne de 1947 (art 138, al.1) prévoit un intervalle de trois mois au moins entre deux délibérations. De même, la Constitution française de 1946 (art.90) obligeait l'Assemblée nationale à adopter la résolution de révision en deux lectures séparées d'au moins trois mois. Enfin la Constitution de 1791 introduisait un délai assez long pour allonger la procédure. Le vœu de révision devait être émis par trois législatures consécutives (titre VII, art.2) et c'est seulement au cours de la quatrième législature que la révision pouvait être réalisée (titre VII, art.2). La Constitution de l'an III (art.338) et la Constitution de 1848 (art.111) prévoyaient des délais assez longs pour aboutir à une révision constitutionnelle.

Le but des limitations dans le temps est de permettre au régime nouvellement institué de se mettre en place et de s'affermir¹⁰. En retardant le moment où l'on pourra effectuer une révision constitutionnelle, on essaye d'assurer une certaine stabilité aux institutions nouvellement créées¹¹. En d'autres termes, les limites de

8. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p.290 ;

9. Cadoux, op. cit., p.154.

10. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p.290.

11. Burdeau, *Traité de science politique*, op. cit., t.IV, p.235.

temps ont pour objet de permettre à une constitution nouvelle de se consolider¹². Ainsi la constitution, en limitant le pouvoir de révision constitutionnelle dans le temps, favorise son enracinement¹³.

Quant au procédé qui consiste à introduire un délai dans la procédure de révision constitutionnelle, le but est d'éviter les révisions brusques¹⁴. Ainsi l'on exige que « les modifications qui seront apportées à la constitution le soient après la réflexion »¹⁵.

2. L'interdiction de réviser la constitution dans certaines circonstances

Parfois les constitutions interdisent leur révision dans certaines hypothèses. A cette occasion, on parle de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle dans les circonstances. Paolo Biscaretti di Ruffia parle des « périodes particulièrement délicates de la vie de l'Etat »¹⁶. Le but de ces limitations « est d'interdire la révision à certaines époques en raison des circonstances, afin d'éviter toute révision sous la pression des événements »¹⁷.

1. Ainsi certaines constitutions interdisent leur révision *lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire*. Par exemple la Constitution française de 1946, instruite par l'expérience du 10 juillet 1940, interdisait sa révision « au cas d'occupation de tout ou partie du territoire métropolitain par des forces étrangères » (art.94). La même interdiction se retrouve dans la Constitution de 1958 (art.89, al.4). Une interdiction analogue est également adoptée par certains Etats africains (le Mali, art.76 ; la Côte-d'Ivoire, art.73 ; le Gabon, art.84 ; le Togo, art.53).

2. D'autre part, on trouve dans certaines constitutions monarchiques *l'interdiction de réviser la constitution en période de régence*. Par exemple, selon la Constitution belge, « pendant une régence aucun changement ne peut être apporté à la Constitution en ce qui concerne les pouvoirs constitutionnels du Roi et les articles 85 à 88, 91 à 95, 106 et 197 de la Constitution » (art.197 de la nouvelle Constitution belge du 17 février 1994, art.84 de la Constitution du 7 février 1831).

3. Dans le même sens, certaines constitutions républicaines interdisent leur révision pendant *l'intérim de la présidence de la république*. Par exemple, selon la Constitution française de 1958, la révision de la Constitution ne peut pas intervenir « durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur » (art.7, dernier alinéa).

12. Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Troper et Hamon, *op. cit.*, p.81.

13. Gicquel, *op. cit.*, p.180.

14. Chantebout, *op. cit.*, p.44.

15. Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Troper et Hamon, *op. cit.*, p.80.

16. Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, *op. cit.*, p.55.

17. Debbasch et alii, *op. cit.*, p.92

4. Une autre limite circonstancielle qui se rencontre dans plusieurs constitutions, c'est *l'interdiction de réviser la constitution pendant les états exceptionnels*. Par exemple, selon la Constitution espagnole, la révision de la Constitution est interdite en *temps de guerre* ou lorsque *l'état d'urgence*, ou *l'état d'exception*, ou *l'état de siège* est en vigueur (art.169). De même, l'article 289 de la Constitution portugaise précise qu'« aucun acte de révision constitutionnelle ne peut être accompli pendant *l'état de siège* ou *l'état d'urgence* ». La Constitution belge interdit la révision de la Constitution *en temps de guerre* (art.196 de la nouvelle Constitution belge du 17 février 1994; art. 131bis de la Constitution de 1831). Egaleme nt la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 exclut la révision de la Constitution pendant *l'état de défense* ou *l'état de siège* (art.60). En France, selon la décision du Conseil constitutionnel du 2 septembre 1992, la révision de la Constitution est interdite lorsque *l'article 16* est en application. Ces interdictions ont pour objet d'éviter les révisions constitutionnelles dans une phase où les conditions de légalité démocratique sont fragiles.

C. LES CONDITIONS DE FORME

Après avoir vu les limites de fond et celles de temps, nous allons voir à présent les *conditions de forme* de la révision constitutionnelle. Nous entendons par « conditions de forme », les conditions qui sont exigées pour la proposition, l'adoption et la ratification des lois de révision constitutionnelle, comme la proposition par un certain nombre de parlementaires, comme la condition de deux délibérations, comme celle de dissolution de l'assemblée qui a proposé la révision, comme la condition de l'adoption par les majorités qualifiées, ou la présence d'un quorum spécial lors des votes du Parlement. Par exemple, comme nous allons le voir plus tard, la Constitution française de 1958 n'impose pas seulement des limites à la révision constitutionnelle, mais elle détermine aussi des conditions de forme dans la procédure de révision constitutionnelle. Ainsi selon l'article 89, l'initiative de la révision du président de la République ne peut s'exercer que sur proposition du Premier ministre. De même « le projet ou la proposition de révision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques » (art.89, al.2).

Soulignons que nous utilisons l'expression des « *conditions* » de forme, et non pas celle des « *limites* » de forme. Car, à notre avis les *limites* à la révision constitutionnelle et les *conditions* de forme de la révision constitutionnelle ne sont pas tout à fait la même chose.

Pour montrer cette différence, commençons d'abord par la définition des termes « limite » et « condition ». Le dictionnaire *Petit Robert* définit le terme *limite* comme « point que ne peut ou ne doit pas dépasser une activité, une influence ». Ainsi nous pouvons définir les *limites à la révision constitutionnelle* comme les *points que ne doit pas dépasser le pouvoir de révision constitutionnelle*. Le même dictionnaire définit le terme *condition* (dans le sens de *circonstance*), comme « état, situation, fait dont l'existence est indispensable pour qu'un autre état, un autre fait existe ». Alors, *les conditions de la procédure de révision constitutionnelle* sont des

états, des situations, des faits dont l'existence est indispensable pour qu'une loi de révision constitutionnelle existe.

Recherchons ainsi la différence entre les limites à la révision constitutionnelle et les conditions de la procédure de révision constitutionnelle. Posons aussi cette question : si le pouvoir de révision constitutionnelle a dépassé ses limites, quelles en seront les conséquences ? De même si le pouvoir de révision constitutionnelle n'a pas rempli les conditions exigées pour son exercice, quelles en seront les conséquences ? En d'autres termes, y a-t-il des différences entre les conséquences de la violation des limites à la révision constitutionnelle et les conséquences de la violation des conditions de procédure de révision constitutionnelle ?

Supposons que le pouvoir de révision constitutionnelle ait adopté une loi de révision constitutionnelle en dépassant une limite à la révision constitutionnelle. En théorie, la conséquence du dépassement de cette limite est l'invalidité de la partie de la loi constitutionnelle qui a dépassé cette limite. En d'autres termes, le dépassement d'une limite n'entraîne pas en principe l'invalidité complète de la loi constitutionnelle en question. Ainsi s'il y a d'autres parties de la loi constitutionnelle qui ne sont pas contraires à cette limite, elles restent valables. Maintenant supposons que le pouvoir de révision constitutionnelle ait adopté la même loi constitutionnelle, sans remplir une condition de forme exigée pour l'adoption de cette loi, par exemple qu'il ait adopté cette loi à la majorité simple, au lieu d'une majorité qualifiée. La conséquence de la violation de cette condition est l'invalidité complète de la loi de révision constitutionnelle. Car cette condition, c'est-à-dire l'adoption de cette loi à la majorité qualifiée, est indispensable pour l'existence de cette loi constitutionnelle. En d'autres termes, le fait que le pouvoir de révision constitutionnelle n'a pas rempli les conditions de la procédure de révision constitutionnelle signifie qu'il n'existe pas une activité du pouvoir de révision constitutionnelle. C'est-à-dire qu'une loi constitutionnelle adoptée en violation des conditions de procédure n'est pas du tout une loi constitutionnelle. Autrement dit, une loi constitutionnelle ne peut être adoptée que dans le cadre déterminé par la constitution. Car, le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut exprimer sa volonté qu'en respectant les conditions de procédure de révision constitutionnelle. Le fait que la révision constitutionnelle est faite contrairement aux conditions de procédure signifie qu'il n'existe pas de volonté valablement exprimée du pouvoir de révision constitutionnelle.

En conséquence, il y a une différence théorique entre la conséquence de la violation d'une limite à la révision constitutionnelle et celle de la violation d'une condition de procédure de révision constitutionnelle. La première n'affecte pas l'existence de la loi constitutionnelle en tant que telle, mais elle entraîne seulement l'invalidité de la partie de la loi constitutionnelle qui a dépassé la limite. Par contre la deuxième entraîne l'invalidité totale de la loi constitutionnelle en question. C'est pourquoi, les limites à la révision constitutionnelle et les conditions de procédure de révision constitutionnelle sont deux choses différentes.

Cependant, à notre avis, il faut ici examiner non seulement les limites à la révision constitutionnelle, mais aussi les conditions de forme exigées dans la procédure de révision constitutionnelle ; car, il n'existe pas de différence entre les

limites à la révision constitutionnelle et les conditions de procédure de révision constitutionnelle du point de vue du juge constitutionnel. En effet, la différence théorique qui existe entre les limites à la révision constitutionnelle et les conditions de procédure n'entraînerait pas des conséquences différentes dans un éventuel contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Parce que, si le juge constitutionnel est compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il peut censurer une loi constitutionnelle en raison du fait que, soit elle a dépassé ses limites, soit elle n'a pas rempli les conditions de procédure exigées. En effet, les limites à la révision constitutionnelle ou les conditions de procédure de révision constitutionnelle ne sont pas d'autres choses que des *dispositions de la constitution qui règlent la révision constitutionnelle*. La violation de ces règles peut entraîner l'annulation de la loi constitutionnelle par le juge constitutionnel, si ce dernier est compétent pour contrôler la constitutionnalité des ces lois. En d'autres termes, les limites à la révision constitutionnelle et les conditions de procédure de révision constitutionnelle, toutes ensemble, constituent des *règles de référence* dans le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. C'est-à-dire que le juge constitutionnel, s'il se considère comme compétent, peut annuler une loi constitutionnelle pour cause de violation d'une condition de procédure de révision constitutionnelle, aussi bien que pour le motif du dépassement d'une limite à la révision constitutionnelle. Par exemple, si un jour le Conseil constitutionnel français se déclare compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il peut censurer une loi constitutionnelle non seulement pour le non-respect des limitations découlant des articles 7, 16, 89, al.4 et 5, mais aussi pour le non-respect des prescriptions des alinéas 1, 2 et 3 de l'article 89 de la Constitution.

Ainsi le juge constitutionnel peut se référer non seulement aux limites à la révision constitutionnelle, mais aussi aux conditions de forme dans la procédure de révision constitutionnelle pour censurer une loi constitutionnelle. Par conséquent à cet égard, il n'y a pas de différence entre les limites à la révision constitutionnelle et les conditions de procédure de révision constitutionnelle. Quand il s'agit du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, les conditions de procédure peuvent jouer le même rôle que celui des limites qui s'imposent à la révision constitutionnelle. Elles peuvent être traitées à côté des limites de fond et celles de temps. En conséquence, selon cette réponse, il y a *trois types* de règles de références dans le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles : les limites de fond, les limites de temps et les conditions de forme.

Toutes les trois peuvent entraîner l'annulation des lois constitutionnelles, si le juge constitutionnel se considère comme compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des ces lois. Par conséquent, dans notre travail, nous devons examiner non seulement les limites à la révision constitutionnelle, mais aussi les conditions de forme. En effet comme on l'a déjà dit, les limites à la révision constitutionnelle et les conditions de forme ne sont pas autres choses que des dispositions de la constitution qui déterminent la compétence du pouvoir de

révision¹⁸. C'est pourquoi, après avoir vu les limites de fond et celles de temps, nous allons voir ici brièvement les conditions de forme exigées dans la procédure de révision constitutionnelle.

Comme on l'a déjà dit, le pouvoir de révision constitutionnelle est un pouvoir qui s'exerce dans le cadre déterminé par les constitutions. Ce cadre est appelé communément la « procédure de révision constitutionnelle ». Les constitutions déterminent ordinairement – mais pas nécessairement – la procédure de révision constitutionnelle en trois phases : l'*initiative*, l'*élaboration* et la *ratification* de la loi de révision constitutionnelle¹⁹.

1. L'initiative de la révision

Le pouvoir de l'initiative de la révision constitutionnelle peut être conféré exclusivement à l'organe exécutif, ou exclusivement à l'organe législatif, ou bien il peut être partagé entre l'exécutif et le législatif. Il peut même être accordé au peuple.

L'initiative accordée exclusivement à l'exécutif.- Par exemple, selon la Constitution française de 1852 (art.31), la proposition de révision du Sénat devait être adoptée par le Pouvoir exécutif. De même le Sénatus-consulte fixant la Constitution de l'Empire du 21 mars 1870 précisait que « la Constitution ne peut être modifiée que par le peuple sur la proposition de l'empereur » (art.44).

L'initiative accordée exclusivement au législatif.- L'exemple le plus connu est celui de la Constitution des Etats-Unis. Cette Constitution accorde le pouvoir de proposer les amendements à la Constitution exclusivement au Congrès ou aux législatures des Etats (art.5). Ainsi aux Etats-Unis, l'exécutif n'a pas le pouvoir de proposer les amendements constitutionnels. De même selon la Constitution des Philippines, le pouvoir de proposer la révision constitutionnelle appartient exclusivement au Congrès. La Constitution turque, quant à elle, attribue ce pouvoir à seul un tiers de membres de l'Assemblée nationale (art.175).

L'initiative accordée à l'exécutif et au législatif.- C'est la formule qui est la plus répandue. Par exemple en France, l'initiative de la révision de la Constitution est partagée entre les membres du Parlement et le président de la République (art.89, al.1). En Espagne aussi, l'initiative de la révision appartient au Gouvernement, au Congrès, et au Sénat (art.166, art.87).

18. En effet comme les conditions de forme déterminent la compétence du pouvoir de révision, les limites à la révision constitutionnelle elles aussi peuvent être considérées comme les règles de compétence, car les limites de fond déterminent la compétence *ratione materiae*, et les limites de temps définissent la compétence *ratione temporis* de ce pouvoir.

19. A ce propos voir par exemple Burdeau, *Traité de science politique*, op. cit., t.IV, p.250-251 ; Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, op. cit., p.47-53 ; Ardant, op. cit., p.81 ; Chantebout, op. cit., p.42 ; Jeanneau, op. cit., p.95 ; Bernard Branchet, *La révision de la Constitution sous la V^e République*, Paris, L.G.D.J., 1994, p.17-29 ; Debbasch et alii, op. cit., p.94-96 ;

L'initiative accordée aussi au peuple.- Lorsque le peuple a aussi le pouvoir de proposer une révision constitutionnelle on parle de *l'initiative populaire*. C'est le cas en Suisse, au Liechtenstein, en Corée du Sud et en Uruguay.

Voyons maintenant les *conditions de forme dans la phase de l'initiative de la révision*.

Les initiatives venant de l'exécutif ne sont pas en général soumises à des conditions particulières. Cependant, en France, le pouvoir de l'initiative du président de la République est soumise à une condition : il s'exerce sur la proposition du Premier ministre.

Quant aux *initiatives parlementaires*, dans certaines constitutions elles n'obéissent pas à des conditions particulières. Par exemple en France, un membre du Sénat ou de l'Assemblée nationale peut déposer une proposition de révision. Par contre dans d'autres constitutions, les initiatives parlementaires sont soumises à des conditions particulières, comme *la signature de la proposition par un certain nombre des parlementaires*. Par exemple selon la Constitution grecque de 1975, la proposition de révision doit être faite par au moins cinquante députés (art.110, al.2). Dans d'autres pays cette condition est déterminée comme un taux des membres du parlement. Par exemple selon l'article 175, al.1, de la Constitution turque, « les révisions constitutionnelles peuvent être proposées *par un tiers au moins* du nombre total des membres de la Grande assemblée nationale ». Il en va de même pour, le Brésil, le Cameroun, la Corée du Sud, la République centrafricaine, la Mauritanie. Parmi les pays qui exigent cette condition, le Burundi et le Maroc se contentent de la signature de la proposition *par un quart au moins* des membres du parlement. En Algérie, en Libye, en Tunisie, au Gabon et en Uruguay les révisions peuvent être proposées *par la majorité absolue* des parlementaires. La condition la plus lourde en ce domaine est sans doute celle qui exige la signature de la proposition par les *deux tiers au moins* des membres du parlement. L'Argentine, la Bolivie, le Guatemala, Monaco et le Rwanda exigent une telle majorité pour la proposer une révision de la constitution. De même l'article 5 de la Constitution des Etats-Unis prévoit que la proposition de révision constitutionnelle doit être faite par les deux tiers des chambres ou par les législatures des deux tiers des Etats.

Les initiatives populaires sont soumises à une condition semblable : la proposition de la révision constitutionnelle doit être signée *par un certain nombre d'électeurs*. Ce nombre est fixé parfois comme un chiffre absolu, parfois comme un pourcentage du nombre total des électeurs. Par exemple en Suisse la proposition de révision constitutionnelle doit être signée par 100 000 électeurs au moins. Au Liechtenstein ce chiffre est de 900, en Corée du Sud de 500 000. En Uruguay, c'est 10 % des électeurs.

2. L'élaboration de la révision

Dans cette deuxième phase de la procédure de révision, on décide si l'on doit prendre l'initiative en considération et lui donner suite. Cette décision est prise tantôt par une assemblée réunie à cette fin, tantôt par les assemblées ordinaires.

Dans le premier cas, on parle d'*assemblée constituante* ou de *convention*. Par exemple, selon la Constitution des Etats-Unis, l'une des procédures de ratification est la ratification des amendements constitutionnels par les trois quarts des *conventions* réunies à cet effet dans chacun des Etats (art.5). Aux Philippines (art.XV), au Guatemala (art.269) et en Uruguay (art.331) le principe de révision par une *assemblée constituante* est prévu.

La forte majorité des constitutions donne ce pouvoir aux *organes législatifs ordinaires*. Cependant pour assurer la rigidité de la constitution, ces constitutions exigent les conditions plus solennelles que celles prévues pour l'adoption des lois ordinaires. Nous allons citer ici quelques unes de ces conditions.

(1) Tout d'abord, il convient de préciser que certaines constitutions prévoient la *dissolution du parlement* qui a proposé la révision constitutionnelle. Par exemple les Constitutions belge (art.195, al.2), danoise (art.88), hollandaise (art.137, al.3), islandaise et luxembourgeoise (art.114) prévoient la dissolution des assemblées législatives qui ont proposé la révision constitutionnelle. En Espagne la dissolution des *Cortès* est prévue pour la révision complète de la Constitution ou pour une révision qui affecte le titre préliminaire, le deuxième chapitre, section 1 du titre I ou le titre II (art.168, al.1).

(2) Dans certains pays dont les parlements sont bicaméraux, pour assurer l'égalité des assemblées en matière de révision constitutionnelle, la constitution prévoit l'adoption de la proposition de la révision *en termes identiques*. Par exemple en France, « le projet ou la proposition de révision doit être voté par les deux assemblées *en termes identiques* ». Ainsi, aucune révision de la Constitution ne peut être valablement réalisée par la voie de l'article 89 sans l'accord des deux chambres. La Constitution allemande donne aussi des pouvoirs égaux au *Bundestag* et au *Bundesrat*. Selon l'article 79, alinéa 2, la loi de révision constitutionnelle « doit être approuvée par les deux tiers des membres du Bundestag et les deux tiers des voix du Bundesrat ».

(3) Une autre condition dans cette phase de la procédure de révision constitutionnelle est l'exigence d'une *double délibération*. Par exemple l'Italie, le Danemark, la Finlande, la Suède, la Turquie, le Brésil, l'Algérie, la Colombie, le Nicaragua, le Pérou, et la Tunisie prévoient *deux délibérations successives* pour l'adoption du texte de la proposition des lois de révision constitutionnelle. Certaines constitutions, allant encore plus loin, exigent *trois délibérations* : le Kenya, Cuba, la Malaisie, l'Ouganda. Dans ce domaine, le record appartient au Costa-Rica. La Constitution du Costa-Rica du 7 novembre 1949 (art.195) prévoit *six délibérations*.

(4) D'autre part certaines constitutions introduisent des délais spéciaux dans la procédure de révision constitutionnelle. Les exemples en sont fournis par les

anciennes Constitutions françaises. La Constitution de 1791 introduisait un délai assez long dans la procédure. Le vœu de révision devait être émis par trois législatures consécutives (titre VII, art.2) et c'est seulement au cours de la quatrième législature que la révision pouvait être réalisée (titre VII, art.2). La Constitution de l'an III (art.338) et la Constitution de 1848 (art.111) prévoyaient des délais assez longs pour aboutir à une révision constitutionnelle. De même la Constitution de 1946 (art.90) obligeait l'Assemblée nationale à adopter la résolution de révision en deux lectures séparées d'au moins trois mois. Les exemples contemporains sont nombreux : la Constitution italienne de 1947 (art 138, al.1) prévoit un *intervalle de trois mois au moins entre deux délibérations*. Il en va de même pour la Tunisie. Cette durée est de *deux mois* pour l'Algérie. La Constitution de la Corée du Sud prévoit *un délai d'un mois* entre la proposition et la première délibération, non pas entre deux délibérations.

(5) Sans doute la condition la plus importante exigée dans cette phase est *celle de majorité*. Les constitutions prévoient différentes majorités pour l'adoption de la proposition de la révision constitutionnelle en fonction de leur rigidité. Celles-ci varient de la *majorité relative* à la *majorité des quatre cinquièmes*.

(a) Les constitutions les moins rigides se contentent de prévoir l'adoption de la proposition à la *majorité relative*. Par exemple en France, comme pour les lois ordinaires, les projets ou les propositions de révision constitutionnelle sont votés à la majorité relative, c'est-à-dire à la *majorité absolue des suffrages exprimés* sans prise en compte des absences ou des abstentions. Il faut signaler toutefois que le projet ou la proposition adopté à la majorité relative doit être approuvé par référendum (art.89, al.2) ou le projet doit être approuvé par les trois cinquièmes des suffrages exprimés au Parlement réuni en Congrès (art.89, al.3).

(b) Certaines constitutions exigent la *majorité absolue des membres du parlement*, et non pas celle des suffrages exprimés. Par exemple, la Constitution italienne exige « la majorité absolue des membres de chacune des Chambres lors du second vote » pour l'adoption des lois de révision constitutionnelle (art.138, al.1). Il en va de même pour le Cameroun, l'Algérie, le Maroc, l'Equateur, le Nicaragua, le Pérou, et l'Australie.

(c) D'autre part, il y a des constitutions qui prévoient l'adoption des lois de révision constitutionnelle à la *majorité des trois cinquièmes*. Par exemple, selon la Constitution espagnole (art.167, al.1), « les projets de révision constitutionnelle devront être adoptés par une *majorité des trois cinquièmes* dans chacune des Chambres ». De même en Turquie, selon l'une des deux voies possibles, la proposition de révision doit être adoptée à la majorité des *trois cinquièmes du nombre total des membres* de l'Assemblée nationale (art.175).

(d) En effet, parmi les conditions d'adoption par les majorités qualifiées, la solution la plus répandue est celle de la *majorité des deux tiers*. Plusieurs constitutions exigent l'adoption de la proposition ou du projet de révision à la majorité des deux tiers. Par exemple selon l'article 79, al.2 de la Constitution allemande, la loi de révision constitutionnelle « doit être approuvée par les deux tiers des *membres* du Bundestag et les deux tiers des *voix* du Bundesrat ». L'adoption par la *majorité*

des deux tiers est également exigée par les Constitutions autrichienne (art.44: des *voix exprimées*), italienne (art.138, al.3 : des *membres*, selon une des hypothèses envisagées), espagnole (art.167, al.2 : si le projet a été adopté par la majorité absolue du Sénat. Ou dans la procédure renforcée prévue par l'article 168), portugaise (art.286, al.1 : des députés effectivement en fonction) et turque (art.175, al.3 : du nombre total des membres de l'Assemblée, selon une des voies possibles).

(e) Une solution encore plus rigide consiste à exiger l'adoption des propositions par une *majorité des trois quarts*. Par exemple le Tchad, l'Ethiopie, la Côte d'Ivoire, les Philippines et le Kenya prévoient les majorités des trois quarts des membres du parlement pour l'adoption des lois de révision constitutionnelle.

(f) Enfin la solution la plus rigide est choisie par la Constitution du Dahomey du 11 février 1964 (art.99, al.3) et celle du Rwanda du 24 novembre 1962 (art.107, al.3). Ces Constitutions exigent l'adoption de la proposition de révision par une *majorité des quatre cinquièmes* des membres de leur parlement. Il faut signaler que la Constitution portugaise prévoit « la majorité des quatre cinquièmes des députés effectivement en fonction » pour réviser *à tout moment* la Constitution (art.284, al.2) ; sinon, pour réviser la Constitution à la majorité des deux tiers des députés, il faut attendre que cinq ans soient révolus après la date de la publication de la dernière loi de révision ordinaire (art.284, al.1).

Comme on peut le remarquer, les constitutions déterminent non seulement les majorités qualifiées exigées, mais aussi la *base du calcul de cette majorité*. Par exemple les Constitutions allemande (au *Bundesrat*), italienne, portugaise et turque imposent le calcul de la majorité sur le nombre total des membres des parlements. Par contre les Constitutions française (art.89, al.3) et autrichienne (art.44, al.1 et 2) décident de calculer la majorité sur le nombre des suffrages exprimés. Enfin, une autre partie des constitutions ne précise pas la base du calcul. Dans ce cas, on peut penser que la majorité sera calculée selon la base du calcul déterminée dans la procédure législative ordinaire. Par exemple, l'alinéa 2 de l'article 89 de la Constitution française ne précise pas la base du calcul. Il dit simplement que « le projet ou la proposition de révision doit être votée par les deux assemblées en termes identiques ». Il en résulte que le projet ou la proposition de révision doit être voté conformément à la procédure législative ordinaire, c'est-à-dire à la majorité relative, à savoir à la majorité des suffrages exprimés sans prise en compte des absences ou des abstentions²⁰.

(6) Une autre condition exigée dans la phase d'adoption des propositions est la *présence d'un quorum* lors des votes du parlement. Par exemple la Constitution autrichienne exige la présence de la moitié au moins des membres du *Nationalrat*, (art.44).

(7) Dans certaines constitutions *la procédure de révision varie selon l'objet de la révision constitutionnelle*. Pour la révision totale de la constitution ou celle de certaines dispositions constitutionnelles jugées essentielles, certaines constitutions prévoient une procédure spéciale dans laquelle les conditions d'adoption sont

20. A ce propos voir, Branchet, *op. cit.*, p.26-29.

renforcées. A cet égard les constitutions exigent en général une majorité plus élevée, le recours au référendum, ou encore la dissolution des chambres. Par exemple, en Espagne, pour la révision complète de la Constitution ou une révision qui affecte le titre préliminaire, le chapitre deuxième, section 1 du titre I ou le titre II, le vote à la majorité des deux tiers dans chaque Chambre, et la dissolution des *Cortès* sont exigés (art.168, al.1). La Constitution autrichienne prévoit le référendum obligatoire pour la révision totale de la Constitution (art.44, al.3).

(8) Dans les Etats fédéraux, les Etats fédérés sont associés à la procédure de révision de la Constitution fédérale. Ainsi aux Etats-Unis, l'adoption de la proposition de révision par le Congrès doit être suivie de la ratification des trois quarts des Etats fédérés. De même en Suisse, les révisions constitutionnelles ne doivent pas seulement être approuvées par référendum, mais aussi être acceptées par la majorité des Cantons. La participation des Etats fédérés à la procédure de la révision de la Constitution fédérale est une règle classique du fédéralisme.

(9) En outre, dans les Etats fédéraux, il existe des conditions de forme pour protéger les Etats fédérés. Par exemple, selon la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, « aucun Etat ne pourra être privé, sans son consentement, de l'égalité de suffrage au Sénat » (art.5). De même en Australie, la révision de la Constitution prévoyant une réduction du pourcentage de sièges détenu par un Etat dans l'une ou l'autre chambre, doit être approuvée par les électeurs de l'Etat fédéré concerné. En Autriche, les dispositions de la Constitution concernant la composition et les attributions du Conseil fédéral ne peuvent être modifiées que si, au Conseil fédéral la majorité des représentants de quatre Länder au moins s'est prononcée en faveur de la modification proposée (art.35, al.4). En Inde, les textes concernant les relations entre les Etats et l'Union doivent être ratifiés par les Parlements d'au moins la moitié des Etats.

2. La ratification de la révision

C'est la dernière phase de la procédure de révision constitutionnelle. Il s'agit d'un dernier obstacle que doivent surmonter les propositions et les projets des lois constitutionnelles adoptés par les organes compétents avant d'entrer en vigueur. Ainsi les constitutions donnent une dernière occasion de réflexion sur la révision constitutionnelle, avant qu'elle devienne définitive. C'est le droit de la *ratification* des lois constitutionnelles. Les constitutions, en général, attribuent ce droit au *chef de l'Etat* ou bien au *peuple*.

Avant de les exposer, il convient de noter que plupart des constitutions ne prévoient pas la ratification des lois constitutionnelles par le peuple. De plus certaines de ces constitutions ne prévoient pas non plus la ratification des lois constitutionnelles par le chef de l'Etat. Par exemple, selon la Constitution portugaise, les révisions constitutionnelles sont définitives si elles sont approuvées à la majorité des deux tiers des députés effectivement en fonction (art.286). Cette Constitution ne prévoit pas la ratification des lois constitutionnelles par référendum. De plus elle précise que « le président de la République ne peut refuser de promulguer la loi de révision » (art.286). Enfin, il faut citer comme une solution

intéressante la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 qui prévoit la promulgation des amendements à la Constitution par le Bureau de la Chambre des Députés, et non pas par le président de la République (art.60).

Cependant certaines constitutions comportent ce dernier obstacle.

a. La ratification par le chef de l'Etat : le veto du chef de l'Etat

Ainsi certaines constitutions prévoient la ratification de la loi de révision constitutionnelle par le chef de l'Etat avant qu'elle entre en vigueur. Puisque le pouvoir de ratification contient également celui de ne pas ratifier la loi constitutionnelle, ce pouvoir peut s'analyser en effet comme un *droit de veto accordé au chef de l'Etat en matière de révision constitutionnelle*.

(1) La façon la plus souple de ce veto consiste en une *demande d'une nouvelle délibération*. Dans ce cas, le chef de l'Etat peut *retarder* la promulgation de la loi constitutionnelle en demandant au Parlement de procéder à une seconde délibération; mais si le Parlement adopte la même loi constitutionnelle à nouveau et avec *la même majorité*, le chef de l'Etat doit promulguer la loi constitutionnelle. Ce pouvoir est donc une sorte de *veto suspensif* accordé au chef de l'Etat en matière de révision constitutionnelle. Par exemple, en Tunisie, le président de la République peut renvoyer la loi constitutionnelle au Parlement pour une nouvelle délibération. Si l'Assemblée nationale adopte à nouveau la loi constitutionnelle par la même majorité (2/3 des membres), le président de la République doit promulguer la loi constitutionnelle en question (art.62 et 44, al.2 de la Constitution tunisienne du 1 juin 1959). Par conséquent le veto suspensif du chef de l'Etat n'est pas très efficace : il peut être levé par la même majorité du Parlement.

(2) Par contre, si le veto du chef de l'Etat ne peut être levé que par une majorité plus élevée que celle de la première délibération, le veto du chef de l'Etat en matière de révision constitutionnelle devient très efficace. Dans ce cas, le chef de l'Etat peut non seulement retarder, mais aussi *empêcher* l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle. Ainsi certaines constitutions exigent une majorité plus élevée dans la seconde délibération que celle la première délibération pour l'adoption de la loi constitutionnelle renvoyée au Parlement par le chef de l'Etat. Par exemple, selon la Constitution turque (art.175, al.3), le président de la République peut renvoyer à l'Assemblée nationale les lois constitutionnelles adoptées à la majorité des trois cinquièmes pour une nouvelle délibération. Dans cette nouvelle délibération, pour lever le veto présidentiel, l'Assemblée nationale doit adopter la même loi constitutionnelle à la majorité des deux tiers. Comme on le voit, le veto présidentiel alourdit la condition d'adoption de la loi constitutionnelle. Ainsi, s'il n'existe pas une majorité exigée au parlement, le chef de l'Etat peut empêcher la révision constitutionnelle par son veto.

(3) Enfin dans certains pays, le chef de l'Etat peut empêcher la révision de la constitution en toutes circonstances. Dans ce cas, on parle du *veto absolu du chef de l'Etat* en matière de révision constitutionnelle. Par exemple à Cuba, la Constitution ne peut être révisée que par la ratification du président de la République

(art.229 de la Constitution de 1959). De même la Constitution indienne de 1949 (art.368) prévoit la ratification des lois de révision constitutionnelle par le Président. D'autre part, dans les monarchies, les rois ont le droit absolu du veto des lois constitutionnelles comme des lois ordinaires. Par exemple, en Jordanie, la loi constitutionnelle ne peut pas entrer en vigueur sans la ratification du Roi (art.126 de la Constitution de 1952). De même dans les monarchies constitutionnelles, théoriquement, les lois constitutionnelles doivent être ratifiées par les monarques. Par exemple au Danemark (art.88), aux Pays-Bas (art.139), au Luxembourg (art.114), les lois constitutionnelles doivent être sanctionnées par le Roi. Il est évident que dans les monarchies constitutionnelles européennes le droit de veto des rois reste symbolique.

b. La ratification par le peuple : le référendum constituant

Certaines constitutions prévoient la ratification de la loi de révision constitutionnelle par le peuple. Ainsi le peuple a la faculté d'empêcher la révision constitutionnelle par le moyen du référendum.

Du point de vue du recours au référendum, on distingue deux sortes de référendum : le référendum obligatoire et le référendum facultatif.

(1) Le *référendum obligatoire* est celui qui est applicable de plein de droit en vertu de la constitution. Il est donc automatique. Par exemple, en Suisse, le référendum est obligatoire en matière de révision constitutionnelle (art.121). En Australie, le projet ou la proposition de révision constitutionnelle adopté à la majorité absolue par chacune des chambres doit être approuvé par référendum par les électeurs de chacun des Etats (art.128, al.2). De même, selon la Constitution danoise, le projet de révision constitutionnelle adopté par le *Folketing*, « sera présenté, dans les six mois qui suivent le vote définitif, aux électeurs du *Folketing*, pour être approuvé ou rejeté au scrutin direct » (art.88). En Irlande aussi, le référendum est obligatoire en matière de révision constitutionnelle (art.46).

Comme on le voit, dans ces pays, le référendum est obligatoire pour la révision de toutes les dispositions de la constitution. Par contre dans certains pays, comme l'Autriche (art.44, al.3), le référendum est obligatoire seulement pour la *révision totale* de la constitution. Enfin dans d'autres constitutions, le référendum est obligatoire seulement pour la révision de certaines dispositions constitutionnelles jugées essentielles. Par exemple, selon la Constitution islandaise (art.79, al.2), le référendum est prévu seulement pour les révisions concernant l'Eglise. A Malte le référendum est obligatoire seulement pour la révision des dispositions de la Constitution mentionnées dans l'article 67, al.3. de la Constitution.

(2) Par contre le *référendum facultatif* est celui qui est déclenché sur la demande de certains organes de l'Etat. Dans la détermination de cet ou ces organes, les solutions adoptées varient d'un régime à l'autre. Ainsi le référendum est organisé soit sur la demande du chef de l'Etat, soit sur la demande d'un certain nombre des parlementaires, soit sur la demande d'une partie des électeurs, soit sur la demande des organes régionaux ou locaux.

(a) *Le référendum à l'initiative du chef de l'Etat.*- Par exemple selon la Constitution turque, le président de la République peut soumettre la loi constitutionnelle adoptée par l'Assemblée nationale à référendum.

(b) *Le référendum à l'initiative d'un certain nombre des parlementaires.*- Par exemple, en Autriche le référendum est organisé sur le demande d'un tiers des membres du Conseil national ou fédéral (art.44, al.3). En Italie cette demande pourrait être faite par un cinquième des membres de l'une des deux Chambres (art.138, al.2), en Espagne par un dixième des membres de l'une quelconque des deux Chambres (art.167, al.3).

(c) *Le référendum à l'initiative des Conseils régionaux.*- En Italie, le référendum peut également intervenir sur la demande de cinq Conseils régionaux (art.138, al.2).

(d) *Le référendum à l'initiative populaire.*- Dans certains pays le référendum est déclenché sur la demande d'un certain nombre d'électeurs. Dans un tel cas, on parle de *veto populaire*. Par exemple en Italie, les lois constitutionnelles adoptées à la majorité absolue des membres de chacune des Chambres « sont soumises à référendum populaire lorsque, dans un délai de trois mois après leur publication, demande en est faite... par 500 000 électeurs » (art.138, al.2).

En principe, le résultat du référendum constituant découle de la *majorité simple des suffrages exprimés*. Cependant il y a des exceptions à cette règle générale. D'abord, le premier groupe d'exception résulte du principe de la participation des Etats fédérés à la procédure de révision de la Constitution fédérale dans les Etats fédéraux. Ainsi en Suisse, comme une application de ce principe, les révisions constitutionnelles doivent être approuvées non seulement par la majorité des votants, mais aussi par la majorité des Cantons. Le résultat du référendum dans chaque canton est considéré comme le vote du canton (art.123). De même en Australie, la loi de révision constitutionnelle doit recueillir la majorité des votants non seulement sur l'ensemble du territoire australien, mais aussi dans une majorité d'Etats.

D'autre part, certaines constitutions prévoient différentes conditions dans l'adoption des lois constitutionnelles par référendum. Par exemple selon la Constitution danoise (art.88) la majorité des votants doit réunir au moins 40 pour cent de tous les électeurs inscrits. De même la Constitution de la Corée du Sud exige un taux minimum de participation : la moitié au moins des électeurs doit participer à la votation populaire (art.121 de la Constitution de 1948).

Enfin, exceptionnellement, certaines constitutions exigent une *majorité qualifiée* dans le référendum constituant. Par exemple, selon la Constitution du Liberia de 1847, les lois constitutionnelles ne peuvent être adoptées que par les *deux tiers des votants* dans le référendum (art.5, al.17). De même, la Constitution de Jamaïque du 25 juillet 1962 prévoit une *majorité des trois cinquièmes* des votants dans le référendum pour réviser, malgré l'opposition du Sénat, les dispositions mentionnées dans l'alinéa 2 de l'article 49 (art.49, al.5). De même cette Constitution exige une

majorité des deux tiers des votants dans le référendum pour la révision des dispositions énumérées dans l'alinéa 3 de l'article 49 (art.49, al.6).

En dernier lieu, il faut signaler que certaines constitutions prévoient encore quelques conditions de formes spéciales. Par exemple, la Constitution hollandaise (art.138) prévoit l'harmonisation des projets de révision et des dispositions restées inchangées de la Constitution; ainsi peut-on « modifier la division en chapitres, sections et articles, ainsi que leur ordonnance et les titres » (art.138). De même l'article 197 de la Constitution du Royaume de Belgique du 17 février 1994 prévoit que « d'un commun accord avec le Roi, les Chambres constituantes peuvent adapter la numération des articles ». Comme condition originale on peut citer la solution de la Constitution de Venezuela de 1961. Selon cette Constitution, les révisions constitutionnelles sont publiées à la fin du texte de la Constitution. Mais on ajoute aux articles révisés les notes en bas de page précisant la date et le numéro de la révision constitutionnelle (art.245, al.6).

Nous venons de voir, d'une part, les limites matérielles et temporelles à la révision constitutionnelle, et d'autre part, les conditions de forme de la révision constitutionnelle. A titre d'exemples, nous avons cité différentes constitutions du monde. Comme nous l'avons déjà dit, les limites à la révision constitutionnelle et les conditions de forme constituent des règles de référence pour le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. C'est pourquoi, cette section représente une importance particulière pour la deuxième partie de notre thèse où nous allons traiter le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

* * *

Après avoir vu la typologie générale des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels, maintenant nous pouvons procéder à l'inventaire de ces limites dans le cadre de la Constitution française de 1958 (*Section 1*) et dans celui de la Constitution turque de 1982 (*Section 2*).

LES DATES ET LES SOURCES DES CONSTITUTIONS CITEES DANS CE PARAGRAPHE (*supra*, p.117-135)

- Algérie** : Constitution du 22 novembre 1976 (D. Beke *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol.I)¹.
- Allemagne** : Constitution du 23 mai 1949 (C. Autexier *in* Oberdorff, *op. cit.*, p.40).
- Argentin** : Constitution du 1^{er} mai 1853 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.7-27).
- Australie** : Constitution du 9 juillet 1900 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, p.34-60).
- Autriche** : Constitution du 26 octobre 1955 (Pfersmann, *op. cit.*, p.30).
- Belgique** : Constitution du 17 février 1994 (Delpérée et alii, *op.cit.*, p.15-94; Oberdorff, *op. cit.*, p.89).
- Bolivie** : Constitution du 2 février 1967 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.100-137).
- Burundi** : Constitution du 1^{re} juillet 1962 (Peaslee, *op. cit.*, vol.I, p.19-30)
- Cameroun** : Constitution du 2 juin 1972 (Kontchou Kouomegni *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol.I).
- Colombie** : Constitution du 4 août 1886 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.279-323).
- Corée du Sud** : Constitution du 17 juillet 1948 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, p.577-597).
- Costa-Rica** : Constitution du 7 novembre 1949 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.328-362).
- Côte d'Ivoire** : Constitution du 3 novembre 1960 (T. Bakary *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol.I)
- Cuba** : Constitution du 7 février 1959 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.367-422).
- Dahomey** : Constitution du 11 janvier 1964 (Peaslee, *op. cit.*, vol.I, p.151-166).
- Danemark** : Constitution du 5 juin 1953 (Oberdorff, *op. cit.*, p.104).
- Equateur** : Constitution du 25 mai 1967 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.460-514).
- Espagne** : Constitution du 27 décembre 1978 (Oberdorff, *op. cit.*, p.137).
- Etats-Unis** : Constitution du 17 septembre 1787 (Meny, *op. cit.*, p.387-409).
- Finlande** : Les lois fondamentales des 17 juillet 1919 et 13 janvier 1928 (Mirkine-Guetzévitch, *op. cit.*, p.397-410).
- France** : Constitution du 3 septembre 1791 ; Lois constitutionnelles de 1875 ; Loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 ; Constitution du 27 octobre 1946 ; Constitution du 4 octobre 1958.
- Gabon** : Constitution du 15 avril 1975 (Y. Brard *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol.II).
- Grèce** : Constitution de 1^{er} janvier 1952 (Peaslee, *op. cit.*, vol.III, p.403-427); Constitution du 9 juin 1975 (S. Koutsibinas, A. Pantelis et E. Spiliotopoulos *in* Oberdorff, *op. cit.*, p.212).
- Guatemala** : Constitution du 15 septembre 1965 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.564-624).
- Inde** : Constitution du 26 novembre 1949 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, p.308-348).
- Iran** : Constitution de 30 décembre 1906 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, 452-470).
- Irlande** : Constitution du 1^{er} juillet 1937 (Y. Marx *in* Oberdorff, *op. cit.*, p.242).
- Islande** : Constitution du 17 juin 1944 (Peaslee, *op. cit.*, vol.III, p.449-458).
- Italie** : Constitution du 27 décembre 1947 (B. Gaudillère *in* Oberdorff, *op. cit.*, p.247-264).

1. Pour les sources, voir *infra*, Bibliographie : V. Recueils de textes constitutionnels

- Jamaïque** : Constitution du 25 juillet 1962 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.806-885).
- Jordanie** : Constitution du 1er janvier 1952 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, 537-557).
- Kenya** : Constitution du 12 décembre 1952 (Peaslee, *op. cit.*, vol.I, p.257-418).
- Koweït** : Constitution du 11 novembre 1962 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, p.601-620).
- Liberia** : Constitution du 26 juillet 1847 (G. Shemid *in* Reyntjens, *op. cit.*, p. vol.II).
- Libye** : Constitution du (D. Beke et B. Hasnebaert *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol. II).
- Liechtenstein** : Constitution du 5 octobre 1921 (Peaslee, *op. cit.*, vol.III, p.531-550).
- Luxembourg** : Constitution du 17 octobre 1868 (Oberdorff, *op. cit.*, p.278).
- Madagascar** : Constitution du 31 décembre 1975 (J. du Bois de Gaudusson *in* Reyntjens, *op.cit.*, vol. III).
- Malaisie** : Constitution du 23 août 1957 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, p.652-746).
- Mali** : Constitution du 26 mars 1988 (O. Diarra *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol. III).
- Malte** : Constitution du 21 septembre 1964 (Peaslee, *op. cit.*, vol.III, p.571-633).
- Maroc** : Constitution du 10 mars 1972 (A. Claisse et B. Zgani *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol. III).
- Mauritanie** : Constitution du 20 mai 1961 (A. Salem Ould Bouboutt *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol.III).
- Monaco** : Constitution du 17 décembre 1962 (Peaslee, *op. cit.*, vol.III, p.549-557).
- Nicaragua** : Constitution du 1^{er} novembre 1950 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.959-1009).
- Ouganda** : Constitution du 2 octobre 1962 (Lavroff et Peiser, *op. cit.*, tome 2, p.921-987).
- Paraguay** : Constitution du 25 août de 1967 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.1067-1101).
- Pays-Bas** : Constitution du 17 février 1983 (Oberdorff, *op. cit.*, p.297).
- Pérou** : Constitution du 9 avril 1933 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.1106-1133).
- Philippines** : Constitution du 8 février 1935 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, p.1067-1087).
- Portugal** : Constitution du 2 avril 1976 (V. Pourcher *in* Oberdorff, *op. cit.*, p.365).
- République centrafricaine** : Constitution 28 novembre 1986 (J. J. Reynal *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol.IV).
- Rwanda** : Constitution du 24 novembre 1962 (Peaslee, *op. cit.*, vol.I, p.675-692).
- Suède** : Constitution du 6 juin 1809 (Peaslee, *op. cit.*, vol.III, p.847-927).
- Suisse** : Constitution du 29 mai 1874 (Duverger, *op. cit.*, p.831).
- Tchad** : Constitution du 16 avril 1962 (Peaslee, *op. cit.*, vol.I, p.65-81).
- Togo** : Constitution du 26 mai 1988 (J. P. Duprat *in* Reyntjens, *op. cit.*, vol.IV).
- Tunisie** : Constitution du 1^{er} juin 1959 (Peaslee, *op. cit.*, vol.I, p.909-916).
- Turquie** : Constitution du 9 juillet 1961 (Peaslee, *op. cit.*, vol.II, p.1156-1194).
Constitution du 7 novembre 1982 (Traduction établie par la Direction générale turque de la presse et de l'information, Ankara, 1982).
- Uruguay** : Constitution du 15 février 1967 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, 1219-1287).
- Venezuela** : Constitution du 23 janvier 1961 (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.1292-1339).

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 1
LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE
INSCRITES DANS LA CONSTITUTION FRANÇAISE DE 1958

La Constitution française de 1958, d'une part, détermine les conditions de forme de l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, et d'autre part, elle impose une limite matérielle et deux limites temporelles à l'exercice de ce pouvoir.

Nous allons voir d'abord la limite matérielle (§ 1), ensuite les limites temporelles (§ 2) et enfin les conditions de forme exigées dans la procédure de révision constitutionnelle (§ 3).

§ 1. LA LIMITE MATERIELLE : L'INTERDICTION DE REVISER
LA FORME REPUBLICAINE DU GOUVERNEMENT

Dans la Constitution française de 1958, il n'y a qu'une limite *matérielle* à la révision constitutionnelle. Cette limite matérielle est prévue par l'*alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution de 1958* :

« La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ».

Ainsi en France, selon cet alinéa, la révision de la Constitution ne peut pas porter sur la forme républicaine du gouvernement. Cette interdiction de fond a été pour la première fois introduite dans le droit constitutionnel français par la loi constitutionnelle du 14 août 1884.

Loi du 14 août 1884 portant révision partielle des lois constitutionnelles

Article 2. – Le § 3 de l'article 8 de la même loi du 25 février 1875 est complété ainsi qu'il suit : « La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision ».

La même disposition est reprise par la *Constitution de 1946 dans son article 95*.

Article 95. – La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision.

A l'égard de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement, la vraie question qui se pose est celle de déterminer l'étendue de cette interdiction.

L'ÉTENDUE DE L'INTERDICTION DE RÉVISER LA FORME RÉPUBLICAINE DU GOUVERNEMENT

Comme on vient de le dire, selon l'alinéa 5 de l'article 89, « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Pourtant il y a un débat sur l'étendue de l'interdiction prévue par cet alinéa. Qu'est-ce que protège l'alinéa 5 de l'article 89 ? Qu'est ce qui est intangible selon cet alinéa ? L'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il également la forme *démocratique* et *unitaire* de la République française ? Autrement dit la démocratie et l'Etat unitaire bénéficient-ils de la protection de l'alinéa 5 de l'article 89 ? Enfin, l'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il non seulement la forme républicaine du gouvernement, mais aussi l'*existence* même de cette république ?

1. L'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il la forme démocratique de la République française ?

Selon certains auteurs l'alinéa 5 de l'article 89 protège également la forme démocratique de la République française. En d'autres termes, l'alinéa 5 de l'article 89 interdit non seulement la restauration d'une monarchie, mais aussi l'établissement d'une république dictatoriale.

L'alinéa 5 de l'article 89 dit que « la *forme républicaine du gouvernement* ne peut faire l'objet d'une révision ». Alors pour pouvoir déterminer le contenu de cette interdiction, il faut d'abord sans doute définir le terme « république ». Que faut-il entendre par « république » ? Comment interpréter l'expression « la forme républicaine du gouvernement » ?

Certes, la « république » a des significations historiques, philosophiques, politiques, et même sentimentales¹. Pour notre travail, c'est seulement sa signification juridique qui importe. Et dans ce sens, la « république » pourrait être considérée comme la « forme de gouvernement » ou comme « celle de l'Etat ». Le texte de l'alinéa 5 de l'article 89 est clair : il parle de la « forme républicaine du *gouvernement* ». Il vise la république au sens de « forme de gouvernement ». Mais même en ce sens, il n'y a pas d'unanimité sur la définition de la république dans la doctrine

1. Pour les diverses significations de la « république » voir Jean-Marie Pontier, « La république », *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 31^e Cahier, Chronique, XLVIII, p.239-246.

D'ailleurs il faut noter qu'en France le mot république « a pris une consonance particulière dans la mesure où il s'inscrit dans l'héritage de la Révolution française » (Jean-Louis Quermonne, « République », in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de-), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.921). Alors, comme en parle Michel-Henry Fabre, il y a une signification « française » de la république (Michel-Henry Fabre, *Principes républicaines de droit constitutionnel*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 1984, p.3).

du droit constitutionnel. Une partie des auteurs sont pour une interprétation stricte, tandis que l'autre partie défend une interprétation large de cette expression.

Selon les défenseurs de l'*interprétation stricte* de cette notion, *la république est la forme de gouvernement dans lequel le chef de l'Etat n'est pas héréditaire*². Comme on le voit, dans cette définition la république est définie comme l'*antinomie de la monarchie*. Ainsi dans cette conception, comme le remarque Georges Vedel,

« tant qu'un Chef d'Etat héréditaire n'est pas institué, on est en République. Politiquement et sentimentalement le mot de République vise bien autre chose que cette définition négative, mais juridiquement l'interdiction de changer la forme républicaine du Gouvernement... met seulement l'obstacle au rétablissement d'une monarchie ou d'un empire héréditaire »³.

Alors selon l'interprétation stricte, la république n'implique pas la démocratie. Par conséquent l'alinéa 5 de l'article 89 ne protège pas la forme démocratique de la République française.

Par contre les défenseurs de l'*interprétation large* de cette notion considèrent qu'il s'agit ici d'un concept plus vaste englobant les principes essentiels de l'ordre démocratique⁴. Dans cette hypothèse, comme le précise Didier Maus, « la 'forme républicaine' contiendrait des principes comme le suffrage universel, le régime représentatif, la séparation des pouvoirs »⁵. Selon Didier Maus, cette interprétation large a une « logique contemporaine »⁶. Le doyen Louis Favoreu remarque que l'expression « forme républicaine » au sens large « constitue l'héritage républicain et... inclut toute une série de valeurs fondamentales inscrites dans l'article 2 de la Constitution et dans les 'principes fondamentaux reconnus par les lois République' »⁷. D'après lui, cette interprétation « est en harmonie avec le texte constitutionnel de 1958 »⁸.

2. En ce sens voir, Julien Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France : les actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942, p.40 ; Vedel, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p.278, 318 ; Daniel Gaxie, « Article 89 », in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de-), *La Constitution de la République français*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.1329 ; Bernard Branchet, *La révision de la Constitution sous la V^e République*, Paris, L.G.D.J., 1994, p.64.

3. Vedel, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p.278.

4. Didier Maus, « Sur 'la forme républicaine du gouvernement' », Commentaire sous la décision n° 92--312 DC du 2 septembre 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, n°11, 1992, p.412. Par exemple, Maurice Agulhon entend par « république », « un système sans roi ni dictateur, un Etat de droit, une démocratie libérale » (Maurice Agulhon, *La République : 1880 à nos jours*, Paris, Hachette, 1990, cité par Quermonne, « République », *op. cit.*, p.923.

5. Maus, « Sur 'la forme républicaine du gouvernement' », *op. cit.*, p.412.

6. *Ibid.*

7. Louis Favoreu, Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, « Maastricht II », *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.738 ; ainsi que Favoreu et Philip, *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, p.7^e éd., p.825.

8. Favoreu, Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.738 ; Favoreu et Philippe, *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, p.7^e éd., p.825.

Ainsi dans cette conception, la république, ce n'est pas seulement le contraire de la monarchie⁹, mais aussi elle sera synonyme de la « démocratie »¹⁰. Par conséquent l'alinéa 5 de l'article 89 protège également la forme démocratique de la République française. Autrement dit il interdit non seulement l'établissement d'une monarchie héréditaire mais encore une république dictatoriale.

Nous sommes pour une interprétation *stricte* de l'interdiction prévue par l'alinéa 5 de l'article 89. A notre avis, l'alinéa 5 de l'article 89 n'interdit que la restauration d'une monarchie, c'est-à-dire, une forme de gouvernement dans lequel le chef de l'Etat est héréditaire. Ainsi, cet alinéa ne protège pas la *forme démocratique* de la République française, autrement dit, il n'exclut pas l'établissement d'une *république dictatoriale*. Et ceci pour trois raisons.

Premièrement, il faut interpréter limitativement l'expression « la forme républicaine du gouvernement ». Car, selon une règle d'interprétation, les dispositions exceptionnelles sont soumises à une interprétation restrictive. Les dispositions intangibles de la Constitution constituent des exceptions à la règle générale, c'est-à-dire la révisibilité de toutes les dispositions de la constitution. Par conséquent l'alinéa 5 de l'article 89, étant une exception à la règle de révisibilité, doit être interprété limitativement. Ainsi il faut prendre la république dans son sens strict. Et en ce sens comme on vient de le montrer, la république et la démocratie sont deux choses différentes. L'une n'implique pas l'autre.

Deuxièmement, après avoir accepté que la « république » ne soit pas le synonyme de « démocratie », on peut affirmer que si le constituant avait voulu protéger non seulement la république, mais aussi la démocratie, il aurait pu le préciser expressément. Ainsi, la Constitution allemande de 1949 (art.79, al.3 en vertu duquel art.20, al.1) et la Constitution turque de 1982 (art.4 en vertu duquel art.2) rendent intangibles non seulement la forme *républicaine* de l'Etat, mais aussi le caractère *démocratique* de cette république.

Par contre l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française ne parle que de la forme *républicaine* du gouvernement. Selon l'article 2 « la France est une République... démocratique », mais cette disposition n'est pas mentionnée dans l'alinéa 5 de l'article 89.

Si le constituant de 1958 avait voulu protéger non seulement la république, mais aussi son caractère démocratique, il aurait pu le prévoir expressément, soit en précisant que l'article 2 de Constitution est intangible, comme le font les Constitutions allemande et turque, soit en employant dans l'alinéa 5 de l'article 89 l'expres-

9. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p.127.

10. Selon Maurice Hauriou, « la République est une forme de gouvernement entièrement électorale ». Mais il ajoute que « le gouvernement républicain exige que les gouvernants élus ne le soient pas à vie, mais seulement pour un temps ». Ainsi d'après lui, par cette condition, la République « devient une forme d'Etat où la souveraineté nationale est plus pleinement réalisée que dans les autres, parce que la mainmise du suffrage majoritaire sur les pouvoirs de gouvernement est plus complète ; elle devient la forme d'Etat la mieux adaptée à la souveraineté nationale, et elle tend à s'identifier avec celle-ci, ainsi qu'avec la démocratie » (Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, réimpression par les Editions du C.N.R.S., 1965, p.343).

sion « la forme *démocratique* du gouvernement » à côté de « la forme *républicaine* du gouvernement »¹¹. C'est exactement en ce sens là qu'en 1958 un membre du Comité consultatif constitutionnel avait proposé de remplacer les mots « forme républicaine » par « forme démocratique », mais son Président, en accord avec le garde des Sceaux, avait jugé préférable de conserver le texte actuel¹². Puisque l'alinéa 5 de l'article 89 a été adopté par le peuple tel qu'il est, il en ressort que l'alinéa 5 protège seulement la république, et non pas la démocratie. Par conséquent, il interdit la restauration d'une monarchie, mais il n'exclut pas l'établissement d'une république dictatoriale.

D'ailleurs, comme le remarque le président Dmitri Georges Lavroff, il faut interpréter cette interdiction à la lumière des circonstances dans lesquelles elle a été adoptée pour la première fois en 1884¹³. Il est évident qu'en 1884, on voulait protéger la république contre un éventuel retour à la monarchie¹⁴. Comme le constate à juste titre Didier Maus, les travaux préparatoires de la loi du 14 août 1884 laissent penser que la « forme républicaine » est limitée à une simple opposition entre la République et la monarchie¹⁵. De plus si l'on tient en compte que cette loi constitutionnelle rendait inéligibles à la présidence de la République « les membres des familles ayant régné sur la France »¹⁶, il ne reste aucun doute sur le sens du mot « république » : c'est le contraire de la monarchie.

Comme on le voit, nous avons défini la « république » dans un sens négatif, comme l'antinomie de « monarchie ». C'est pourquoi il convient de préciser le critère distinctif entre la monarchie et la république. Pour nous, ce critère est le mode juridique de l'accession à la fonction du chef de l'Etat. La monarchie est la forme de gouvernement dans lequel le chef de l'Etat est un roi héréditaire. Par contre, la république, étant le contraire de monarchie, est définie comme la forme de gouvernement dans lequel le chef de l'Etat n'est pas héréditaire. Ainsi comme le dit à juste titre Georges Vedel, « tant qu'un Chef d'Etat héréditaire n'est pas institué, on est en République »¹⁷.

Ainsi, notre définition de la république et celle de la monarchie sont complètement indifférentes à l'égard des considérations démocratiques ; c'est-à-dire, pour nous, la démocratie n'est ni le critère de la république ni celui de la monarchie. En d'autres termes, une république pourrait être une république *démocratique* comme

11. Selon Georges Liet-Veaux, « en 1946, les constituants pensaient à la dictature, non à la monarchie. Il aurait donc fallu écrire 'la forme démocratique du Gouvernement'... » (Georges Liet-Veaux, *Droit constitutionnel*, Paris, Editions Rousseau, 1949, p.164).

12. Gaxie, *op. cit.*, p.1329.

13. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.105.

14. Pour les circonstances dans lesquelles la loi du 14 août 1884 a été adoptée voir Gabriel Arnould, *De la révision des constitutions : Etablissements et révision des constitutions françaises. Systèmes de révision des constitutions étrangères*, Thèse, Nancy, Rousseau, 1895, p.280 et s. ; H. De Bousquet de Florian, *La révision des constitutions*, Paris, Rousseau, 1891, p.126 et s. ; Maurice Fonteneau, *Du pouvoir constituant en France et de la révision constitutionnelle dans les Constitutions françaises depuis 1789*, Thèse, Caen, 1900, p.168 et s.

15. Maus, « Sur 'la forme républicaine du gouvernement' », *op. cit.*, p.412.

16. L'article 2 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884.

17. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.278.

elle pourrait être une république *dictatoriale*¹⁸. De même une monarchie pourrait être une monarchie *absolue* comme elle pourrait être une monarchie *parlementaire*. En outre dans le monde, il y a autant de monarchies démocratiques que de républiques démocratiques. Arend Lijphart constate que sur vingt et un pays démocratiques¹⁹, onze pays sont des monarchies²⁰. De même, sur les quinze Etats membres de l'Union européenne, sept sont des monarchies.

Nous avons déjà dit que l'alinéa 5 de l'article 89 protège la forme *républicaine*, et non pas la forme *démocratique* du gouvernement. C'est-à-dire que selon l'alinéa 5, le chef de l'exécutif ne peut pas être héréditaire. En dehors de cela, il est compatible avec tout autre régime. L'alinéa 5 ne fait pas la distinction entre les types de la république. Par conséquent il n'exclut pas l'établissement d'une république dictatoriale. Maintenant nous pouvons encore ajouter que l'alinéa 5 de l'article 89 ne fait pas la distinction entre les types de la monarchie. Il exclut tout type de monarchie. Ainsi *il est interdit non seulement d'établir une monarchie absolue, mais aussi une monarchie démocratique*.

A cet égard, il nous paraît impossible de partager l'opinion de Dominique Turpin selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine n'est pas justifiée car la « monarchie et liberté peuvent parfaitement se conjuguer, comme le prouvent les exemples du Royaume-Uni et depuis 1978, de l'Espagne de Juan Carlos »²¹. Comme on vient de le dire, l'alinéa 5 de l'article 89 interdit la restauration de tout type de monarchie, y compris parlementaire qui serait parfaitement démocratique.

A l'égard de l'interdiction de réviser la forme républicaine, une dernière question se pose : *la République française peut-elle participer à une fédération dans laquelle il y a des monarchies ?* Cette question se posera sans doute dans l'hypothèse où l'Union européenne se transformerait un jour en une Fédération des Etats. D'ailleurs elle a été déjà évoquée par François Luchaire en notant que « personne en France ne s'est plaint de ce que sur les douze Etats membres de la Communauté, six sont des monarchies »²². Alors si l'Union européenne se transforme un jour en

18. Il n'est pas nécessaire d'ajouter que le dictateur ne soit pas héréditaire. Car, s'il l'est, on n'est plus dans la république.

19. L'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, les Etats-Unis, la Finlande, la France, l'Allemagne, l'Irlande, Islande, l'Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Hollande, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse. Sans entrer dans les détails notons que Arend Lijphart déterminent les pays démocratiques selon deux critères. Le premier consiste en critères de démocratie de Robert Dahl. Le deuxième est la continuité de la démocratie sans interruption depuis la Deuxième Guerre mondiale (Arend Lijphart, *Democracies : Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984, p.1-2 et 37-39).

20. *Les monarchies démocratiques* : L'Australie, la Belgique, le Canada, le Danemark, le Japon, le Luxembourg, le Hollande, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Royaume-Uni, la Suède (Lijphart, *op. cit.*, p.88). *Les républiques démocratiques* : l'Autriche, les Etats-Unis, la Finlande, la France, l'Allemagne, l'Irlande, Islande, l'Israël, l'Italie, la Suisse (Lijphart, *op. cit.*, p.88).

21. Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.86.

22. François Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *Revue du droit public*, 1992, p.1591, note 9.

Fédération, l'alinéa 5 de l'article 89 précisant que « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » serait-il violé ?

Il faut d'abord déterminer le caractère républicain ou monarchique d'une telle Fédération. A notre avis, la simple présence d'Etats fédérés monarchiques dans une telle Fédération, ne la rendra pas monarchique. Il faut déterminer la forme républicaine ou monarchique d'une telle fédération au niveau des institutions fédérales, et non pas à celui des Etats fédérés. Ainsi si le chef de l'exécutif d'une telle Fédération n'est pas héréditaire, cette question ne se posera même pas. Dans ce cas, il s'agirait d'une République fédérale d'Europe. Autrement dit, la forme de gouvernement de cette fédération sera la république.

Mais, si la fonction du chef de l'exécutif de cette Fédération est exercée à tour de rôle par chaque chef d'Etats fédérés, la forme républicaine de cette Fédération n'est pas si évidente. Car, pendant les périodes où cette fonction sera exercée par les monarques des Etats fédérés (le Royaume-Uni, l'Espagne, la Belgique, le Danemark, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suède), la question de la forme républicaine du gouvernement se posera. Car, dans ces périodes, le chef de l'exécutif de la Fédération européenne sera un roi héréditaire. Par conséquent, selon notre définition de la monarchie, une telle fédération peut être parfaitement qualifiée de monarchie pendant ces périodes. En d'autres termes, dans ce cas, il s'agirait d'une monarchie fédérale d'Europe.

Dans cette dernière hypothèse, on peut penser que l'alinéa 5 de l'article 89 sera violé. Car, la France fera partie d'une fédération dont le chef de l'exécutif sera pour certaines périodes un roi héréditaire. On pourrait alors conclure que l'alinéa 5 de l'article 89 interdit la participation de la France à une fédération monarchique.

Pourtant à notre avis, une telle conclusion n'est pas valable. Parce que dans cette hypothèse, la Constitution française se transformerait en une Constitution d'Etat fédéré. Et par conséquent il serait absurde d'évaluer le caractère républicain ou monarchique d'un Etat fédéral par la disposition d'une constitution fédérée. En d'autres termes, une constitution fédérée ne peut pas être le mesure d'un droit fédéral. A cet égard, la seule remarque que l'on puisse faire consiste à dire que l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement prévue par l'alinéa 5 de l'article 89 n'est valable que dans le cadre de l'Etat fédéré. Et tant qu'un chef d'Etat héréditaire n'est pas institué dans le cadre d'un tel Etat fédéré, on reste toujours dans la République.

En effet ici il y a une deuxième question qui se pose : l'alinéa 5 de l'article 89 interdit-il la participation de la France à une Fédération (soit monarchique soit républicaine, peu importe) ? Car, dans cette hypothèse, l'existence même de la République française en tant qu'Etat souverain disparaît. L'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il non seulement la forme républicaine, mais aussi l'*existence* même de cette République ? Mais ceci relève de la question de la souveraineté de l'Etat. Nous allons le voir plus bas.

2. L'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il la forme unitaire de la République française ?

A l'égard de l'alinéa 5 de l'article 89, la deuxième question qui se pose est celle de savoir si cet alinéa 5 protège également la forme *unitaire* de la République française. Autrement dit l'alinéa 5 de l'article 89 interdit-il de réaliser le fédéralisme ? Le pouvoir constituant dérivé peut-il transformer la République française en République fédérale de France, dans laquelle les régions ou les territoires français seront des Etats fédérés²³ ?

A notre avis, l'alinéa 5 de l'article 89 protège la forme républicaine du gouvernement, et non pas le caractère unitaire de cette république. Autrement dit l'alinéa 5 n'interdit pas le fédéralisme sur le territoire français. Par conséquent, le pouvoir constituant dérivé peut transformer la République française unitaire en République française fédérale.

Car, la république et le caractère *unitaire* ou *fédéral* de cette république sont deux choses différentes. Une république peut être unitaire ou fédérale. Si un constituant voulait protéger non seulement la république, comme la forme générale, mais aussi son caractère unitaire ou fédéral, il le préciserait expressément. Ainsi, comme nous les avons vus plus haut, les Constitutions portugaise (art.288, a) et turque (art.4 en vertu duquel art.2) rendent intangibles le caractère *unitaire* de la république. La Constitution allemande prévoit également l'intangibilité du caractère *fédéral* de la république (art.79, al.3, art.20, al.1).

Par contre l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française ne parle que de la forme *républicaine* du gouvernement. Selon l'article 2 « la France est une République indivisible », mais cette disposition n'est pas mentionnée dans l'alinéa 5 de l'article 89. Si le constituant de 1958 avait voulu protéger non seulement la république, mais aussi son caractère unitaire, il aurait pu le prévoir expressément, en précisant que l'article 2 de Constitution est intangible, ou que le caractère unitaire de l'Etat ne peut faire l'objet d'une révision. Puisqu'il ne l'a pas fait, on peut en déduire que l'alinéa 5 ne fait pas la distinction entre république unitaire et fédérale. Par conséquent l'alinéa 5 de l'article 89 n'interdit pas de réviser la forme *unitaire* de la République française. En révisant la Constitution conformément à sa procédure régulière, on peut transformer la République unitaire en République fédérale.

3. L'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il l'existence même de la République française ?

Nous venons de voir que l'alinéa 5 de l'article 89 n'interdit pas de réaliser le fédéralisme en France. Ainsi le pouvoir constituant dérivé peut transformer la République française en République fédérale de France, dans laquelle les régions

23. Signalons que la question de savoir si l'alinéa 5 de l'article 89 interdit la participation de la France à une fédération des Etats sera étudiée sous l'intitulé 3. Car cette question concerne non pas le caractère unitaire ou fédéral de la République, mais l'existence même de la République française en tant qu'Etat souverain.

ou les territoires français seront des Etats fédérés. Ceci relève de la question du caractère unitaire ou fédéral de l'Etat. Mais dans l'hypothèse de la participation de la République française à une fédération des Etats présente une autre question : celle de la *souveraineté de l'Etat*. Car, comme on l'a déjà indiqué, dans cette hypothèse, l'*existence* même de la République française en tant qu'Etat souverain disparaît. Telle est la question qui se pose ici : l'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il non seulement la forme républicaine, mais aussi l'*existence* même de cette République ?

En d'autres termes, l'interdiction de *réviser* la forme républicaine du gouvernement prévue par l'alinéa 5 de l'article 89 implique-t-elle l'interdiction de *supprimer* cette république ?

Ceci n'est pas une hypothèse d'école. Car si elle se poursuit, la construction européenne aboutira, tôt ou tard, à un Etat fédéral d'Europe. Dans un tel Etat fédéral, les Etats, jadis souverains, deviendront des Etats fédérés²⁴. Ils seront privés de leur souveraineté, car ils n'exerceront qu'une souveraineté « locale » au regard de la souveraineté de l'Europe²⁵. D'autre part, comme l'explique à juste titre le professeur Olivier Beaud, la perte de la souveraineté comme puissance publique signifie la perte de la nature étatique²⁶. Car « l'atteinte à la souveraineté nationale implique une atteinte à la souveraineté de l'Etat »²⁷. Et la souveraineté de l'Etat (*Staatlichkeit*)²⁸ est la condition d'existence de l'Etat²⁹. Alors dans un tel Etat fédéral, la République française sera privée de sa souveraineté, c'est-à-dire de la nature étatique de son existence. En d'autres termes, il s'agirait de la dissolution de l'Etat français dans un Etat fédéral supranational³⁰. Ainsi dans une telle hypothèse, la République française en tant qu'Etat souverain disparaîtrait.

Alors le pouvoir de révision peut-il dissoudre la République française en tant qu'Etat souverain dans un Etat fédéral ? Autrement dit, l'intangibilité prévue par l'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-elle non seulement la forme républicaine, mais aussi la nature étatique de la République française ?

Cette question a été abordée par Olivier Beaud lors du débat sur la ratification du Traité de Maastricht. Selon le professeur Beaud, le pouvoir de révision ne peut pas supprimer l'Etat dans lequel il se trouve. « Seul le *pouvoir constituant* [originaire], et jamais le pouvoir de révision constitutionnelle, peut porter atteinte à la qualité d'Etat souverain »³¹. Car, selon sa théorie, « une Constitution ne peut statuer elle-même qu'elle autorise sa propre destruction et suppression par n'importe quelle

24. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1051.

25. *Ibid.*, p.1050.

26. *Ibid.*, p.1051.

27. *Ibid.*, p.1047.

28. C'est-à-dire, l'« étaticité », le « fait d'être un Etat », la « nature étatique » ou la « qualité d'Etat souverain ». Pour ces notions voir, *Ibid.*, p.1048-1051.

29. *Ibid.*, p.1051.

30. *Ibid.*, p.1050.

31. *Ibid.*, p.1051.

révision constitutionnelle »³². A notre avis, il s'agit ici d'une limite matérielle non inscrite dans le texte constitutionnel. Car cette limite, selon laquelle le pouvoir de révision ne peut porter atteinte à la qualité d'Etat souverain, n'est pas inscrite dans le texte de la Constitution de 1958. En d'autres termes elle est privée d'existence textuelle et par conséquent elle sera étudiée non pas ici, mais dans le deuxième titre qui traitera de la question de savoir s'il existe les limites à la révision constitutionnelle non inscrites dans le texte constitutionnel³³.

Mais, Olivier Beaud pour démontrer sa thèse avance encore un autre argument. Et à notre avis, cet argument doit être examiné ici, parce qu'il peut être déduit du texte de l'alinéa 5 de l'article 89. Voyons donc maintenant ce deuxième argument.

Selon le professeur Beaud, certes l'alinéa 5 de l'article 89 selon lequel « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » « ne vise que la République au sens restreinte de forme de gouvernement »³⁴. Mais cette « République », « d'abord et avant tout, présuppose un Etat »³⁵. Car selon lui, « la République est d'abord logiquement un Etat avant d'être l'Etat républicain »³⁶. Par conséquent, « l'article 89, qui prévoit la protection de la forme républicaine du gouvernement, implique la protection de l'Etat »³⁷. Bref pour Olivier Beaud, le pouvoir de révision ne peut pas supprimer l'Etat dans lequel il s'exerce. Parce que l'alinéa 5 de l'article 89 protège non seulement la forme républicaine, mais aussi l'existence même de la République française, car la République française ne peut être une république que s'elle existe en tant qu'Etat souverain³⁸. Ainsi l'alinéa 5 de l'article 89 interdit non seulement de réviser la forme républicaine du gouvernement, mais aussi de supprimer cette République en tant qu'Etat souverain.

A notre avis cet argument est tout à fait fondé, parce qu'il a un fondement positif. Comme on vient de le montrer, la limite selon laquelle le pouvoir de révision ne peut pas supprimer la République française en tant qu'Etat souverain peut être déduit du texte de l'alinéa 5 de l'article 89 qui interdit de réviser la forme républicaine. Par conséquent nous citons cette limite ici, c'est-à-dire dans le chapitre consacré aux limites inscrites dans le texte constitutionnel.

En conclusion, à notre avis, l'intangibilité prévue par l'alinéa 5 de l'article 89 protège non seulement la *forme* républicaine, mais aussi l'*existence* de cette république. Tel est le contenu de cette limite matérielle.

* * *

32. *Ibid.*

33. Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 1, D.

34. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1062.

35. *Ibid.*, p.1062. C'est nous qui soulignons.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*, p.1050.

38. *Ibid.*, p.1051.

Alors en ce qui concerne le contenu de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement prévue par l'alinéa 5 de l'article 89, nos conclusions peuvent être résumées comme suit :

1. Il faut *interpréter limitativement* l'expression « la forme républicaine du gouvernement ». Car, selon une règle d'interprétation, les dispositions exceptionnelles sont soumises à une interprétation restrictive et les dispositions intangibles de la Constitution constituent des exceptions à la règle générale, c'est-à-dire la révisibilité de toutes les dispositions de la constitution. Et au sens strict, la république est définie comme la forme de gouvernement dans lequel le chef d'Etat n'est pas héréditaire. Selon cette définition la « république » n'est pas synonyme de « démocratie ». Si le constituant de 1958 avait voulu protéger non seulement la république, mais aussi son caractère démocratique, il aurait pu le prévoir expressément. Or dans l'alinéa 5 de l'article 89, on parle de la « forme républicaine du gouvernement » et non pas de la « forme démocratique du gouvernement ». Par conséquent cet alinéa protège la république, non pas la démocratie. Autrement dit il interdit la restauration d'une monarchie, mais il n'exclut pas l'établissement d'une république dictatoriale.

2. Par ailleurs, l'alinéa 5 de l'article 89 ne protège pas non plus la *forme unitaire* de cette République. Car la « république » et « son caractère unitaire » sont deux choses différentes. Par conséquent l'alinéa 5 de l'article 89 n'interdit pas de réaliser le fédéralisme en France. Ainsi le pouvoir constituant dérivé peut transformer la République française en République fédérale de France, dans laquelle les régions ou les territoires français seront des Etats fédérés.

3. Par contre, à notre avis, l'intangibilité prévue par l'alinéa 5 de l'article 89 protège non seulement la *forme républicaine*, mais aussi l'*existence même de cette République*. En d'autres termes, cet alinéa interdit non seulement de réviser la forme républicaine du gouvernement, mais aussi de supprimer cette République en tant qu'Etat souverain ; c'est-à-dire que le pouvoir de révision ne peut pas dissoudre la nature étatique de la République française dans un Etat fédéral. Parce que l'interdiction de *réviser* la forme républicaine du gouvernement prévue par l'alinéa 5 de l'article 89 implique nécessairement l'interdiction de *supprimer* cette république, car une « république », d'abord et avant tout, présuppose un « Etat » ; autrement dit la république est d'abord logiquement un Etat avant d'être l'Etat républicain. Alors le gouvernement français ne peut être une république que s'il existe en tant qu'Etat souverain.

§ 2. LES LIMITES TEMPORELLES

La Constitution française de 1958 prévoit deux limites de temps dans son texte : l'interdiction de réviser la Constitution *lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire* et pendant *l'intérim de la présidence de la république*.

A. L'INTERDICTION DE REVISER LA CONSTITUTION LORSQU'IL EST PORTE ATTEINTE A L'INTEGRITE DU TERRITOIRE

Cette interdiction est prévue par l'*alinéa 4 de l'article 89 de la Constitution de 1958* :

Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

La même interdiction se retrouvait également dans la Constitution de 1946 :

Article 94. – Au cas d'occupation de tout ou partie du territoire métropolitain par des forces étrangères, aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie.

Il convient de noter que cette interdiction était une réponse à la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 qui a été votée lorsqu'une partie du territoire était occupée par les troupes allemandes³⁹. Comme le remarque le président Lavroff, « cette disposition est justifiée par le fait que, si l'intégrité du territoire n'est pas respectée au moment où la proposition de révision de la Constitution est faite, on peut craindre qu'il y ait des pressions exercées sur les assemblées parlementaires, ou sur le peuple, qui les empêchent d'exprimer librement leur volonté »⁴⁰.

Enfin en ce qui concerne le contenu de l'interdiction prévue par l'*alinéa 4 de l'article 89*, des incertitudes existent. Par exemple que faut-il entendre par « territoire » ? Le territoire sera-t-il défini selon le droit national ou international⁴¹ ? D'autre part, que faut-il entendre par « atteinte à l'intégrité » ? La Constitution de 1958 emploie le terme « intégrité », alors que la Constitution de 1946 utilisait celui d'« occupation ». Il est évident que l'occupation du territoire national par une armée étrangère rende impossible l'application de l'article 89. Mais comme l'évoque François Luchaire, il peut y avoir des hésitations sur la nature de cette armée (invitée et alliée ou occupante et ennemie)⁴². D'ailleurs comme le remarque Daniel Gaxie, « avec les moyens de la stratégie moderne, l'intégrité du territoire peut être atteinte, sans que tout ou partie du sol national soit effectivement occupé par des forces étrangères »⁴³. D'autre part encore une autre question pourrait se poser : la révolte sur une partie du territoire national peut-elle être considérée comme une atteinte à l'intégrité du territoire⁴⁴ ? Comme l'affirme Daniel Gaxie, « ces incertitudes seront difficilement levées, car personne n'est habilité par la Constitution à constater s'il y a, ou non, atteinte à l'intégrité du territoire »⁴⁵.

39. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.104.

40. *Ibid.*

41. Rigaux, *op. cit.*, p.50.

42. François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, p.129.

43. Gaxie, *op. cit.*, p.1328.

44. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.129.

45. Gaxie, *op. cit.*, p.1328.

B. L'INTERDICTION DE REVISER LA CONSTITUTION PENDANT L'INTERIM DE LA PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE

Selon *le dernier alinéa de l'article 7 de la Constitution de 1958*,

Il ne peut être faite application ni des articles 49 et 50 ni de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur.

Il en résulte qu'aucune révision de la Constitution ne peut intervenir pendant la période durant laquelle les fonctions du président de la République sont provisoirement exercées par le président du Sénat⁴⁶.

Il faut remarquer que cette disposition a été adoptée par la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 qui prévoit l'élection du président de la République au suffrage universel direct. Comme le remarque Bernard Branchet,

« cette disposition a été interprétée comme ayant pour objet d'empêcher que le Parlement ne prenne prétexte, voire ne profite, de la vacance inopinée de la Présidence de la République, pour procéder à une révision hâtive de la Constitution et tendant à remettre en cause l'élection du Président de la République au suffrage universel direct »⁴⁷.

Selon le président Dmitri Georges Lavroff,

« cette disposition est tout à fait justifiée par le fait que la révision de la Constitution est un acte d'une très grande importance politique et que l'urgence d'y procéder n'est pas telle qu'il faille en accorder l'exercice à un président de la République par intérim qui n'exerce ses fonctions que pendant quarante-cinq jours au maximum »⁴⁸.

Nous venons ainsi de voir deux limites de temps inscrites dans le texte de la Constitution de 1958. Pourtant selon une thèse, il y a une troisième limite de temps : l'interdiction de réviser la Constitution lorsque l'article 16 est en application.

C. LA CONSTITUTION DE 1958 INTERDIT-ELLE SA REVISION LORSQUE L'ARTICLE 16 EST EN APPLICATION ?

Tout d'abord il faut remarquer qu'une telle interdiction n'est inscrite ni dans le texte de l'article 16, ni dans le texte des autres articles de la Constitution de 1958.

Dans la doctrine du droit constitutionnel, les auteurs ne citent pas en général cette interdiction, lorsqu'ils étudient les limites de temps à la révision constitutionnelle dans la Constitution de 1958⁴⁹. Et quand ils examinent l'article 16 lui-même, ils affirment que le président de la République ne peut pas modifier la Constitution

46. Et si le président du Sénat est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, l'intérim de la présidence de République est assumé par le Gouvernement (art.7, al.4).

47. Branchet, *op. cit.*, p.62.

48. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.105.

49. Par exemple, Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.82 ; Cadoux, *op. cit.*, p.154-155 ; Debbasch et alii, *op. cit.*, p.92-93 ; Jeanneau, *op. cit.*, p.94 ; Pactet, *op. cit.*, p.78 ; Turpin, *op. cit.*, p.90.

en utilisant les pouvoirs exceptionnels qui lui sont conférés par l'article 16, « car ce serait contraire à son rôle de gardien du texte constitutionnel et à la nécessité qui s'impose à lui de rétablir le fonctionnement régulier des pouvoirs constitutionnel »⁵⁰. En d'autres termes, comme le constate d'ailleurs le doyen Favoreu, « les auteurs, généralement, n'envisagent le problème que sous l'angle des pouvoirs du chef de l'Etat mais ne prennent pas position sur le point de savoir si la révision serait possible au cas où la procédure normale de l'article 89 serait suivie »⁵¹.

D'autre part, il y a des auteurs qui pensent que la révision de la Constitution est possible lorsque l'article 16 est en application. Par exemple, selon Daniel Gaxie, « bien que les conditions de sa mise en oeuvre coïncident partiellement avec les situations visées par l'alinéa 4 de l'Article 89, on peut concevoir qu'une révision intervienne pendant son application »⁵².

Pourtant selon une thèse, aucune révision de la Constitution ne peut être effectuée en période d'application de l'article 16. Les défenseurs de cette thèse déduisent en effet cette interdiction non pas du texte, mais de la *finalité* de l'article 16⁵³. L'argument principal invoqué en faveur de cette thèse consiste à dire que l'article 16 confère au président de la République des pouvoirs exceptionnels en vue d'« *assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission* ». Par conséquent, le président de la République « doit rétablir l'ordre constitutionnel normal, à savoir l'ordre antérieur à la mise en application de cet article »⁵⁴. Par exemple, selon Jean Gicquel, « aucune révision ne peut intervenir... d'une manière *implicite*, en cas de recours, par le chef de l'Etat, aux pouvoirs extraordinaires de l'article 16 »⁵⁵. Pourtant le professeur Gicquel souligne qu'« à défaut de s'abriter derrière la lettre de l'art.16, il faut en solliciter l'esprit. Sa finalité consiste, en effet, à *rétablir* au plus tôt, la légalité républicaine, c'est-à-dire l'état de choses *antérieur*. Cependant il serait séant, à l'avenir, de l'indiquer *expressis verbis* dans le texte »⁵⁶.

On pourrait se demander pourquoi nous examinons cette limite dans ce chapitre ; car, comme nous l'avons annoncé plus haut, nous traitons dans ce chapitre exclusivement les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel. Les limites proposées par la doctrine seront traitées dans le deuxième chapitre. On pourrait alors penser que l'interdiction de réviser la Constitution lorsque l'article 16 est en application doit être examiné dans la

50. Dmitri-Georges Lavroff, *Le système politique français : Constitution et pratique politique de la V^e République*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 1991, p.474. En ce sens encore voir Jean Lamarque, « Théorie de la nécessité et article 16 de la Constitution », *Revue du droit public*, 1961, p.617-618.

51. Louis Favoreu, Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.737.

52. Gaxie, *op. cit.*, p.1329.

53. Branchet, *op. cit.*, p.63.

54. *Ibid.*

55. Gicquel, *op. cit.*, p.180.

56. *Ibid.*

deuxième partie, parce qu'elle ne figure pas dans le texte de cet article, mais qu'elle est proposée par la doctrine. Pourtant à notre avis, cette objection doit être écartée, car d'une part cette limite n'est pas une pure invention doctrinale, mais elle est déduite de l'article 16. En d'autres termes, si cette interprétation doctrinale était admise par le juge constitutionnel, cette interdiction trouverait sa source, sans doute d'une façon dérivée mais positive, dans le texte constitutionnel. C'est exactement ce qui est le cas depuis la décision 92-312 DC du 2 septembre 1992 du Conseil constitutionnel.

Effectivement le Conseil constitutionnel, par sa décision 92-312 DC du 2 septembre 1992, a entériné cette interprétation doctrinale. Dans cette décision le Conseil a mentionné l'article 16 parmi les articles à partir desquels sont déduites les limitations de temps à l'exercice pouvoir constituant dérivé⁵⁷. Ainsi on pourrait affirmer que cette limite tirée de l'article 16 n'est pas privée d'existence positive depuis le 2 septembre 1992, par conséquent elle fait partie du droit positif. C'est pourquoi, à notre avis, en l'état actuel du droit, la révision de la Constitution ne peut pas intervenir lorsque l'article 16 est en application. Par conséquent, parmi les limites de temps du pouvoir constituant dérivé, il faut également citer la limite de temps tirée de l'article 16, à côté de celles résultant des articles 7 et 89, alinéa 4, de la Constitution.

Certains commentateurs approuvent l'attitude du Conseil constitutionnel. Par exemple d'après le professeur Dominique Rousseau, le Conseil constitutionnel a condamné à juste titre l'interprétation selon laquelle il était permis au président de la République d'engager une procédure de révision pendant les périodes de mise en oeuvre de l'article 16. Le professeur Dominique Rousseau pense que le Conseil s'est appuyé sans doute « sur une lecture croisée des articles 16 et 89 : ce dernier interdit, en effet, toute révision lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ; or, un des motifs de la mise en application possible des pouvoirs exceptionnels est une menace grave et immédiate à l'intégrité du territoire ; donc, par extension logique et *nécessaire*, toute révision est impossible durant la période d'application de l'article 16 »⁵⁸.

Par contre le président François Luchaire critique la décision du Conseil constitutionnel. Selon lui,

57. Le Conseil constitutionnel s'est fondé probablement, même s'il ne le dit pas, sur la ressemblance entre la situation prévue par l'article 89, alinéa 4 (l'atteinte à l'intégrité du territoire), et les conditions de mise en oeuvre de l'article 16 (l'intégrité du territoire est menacée d'une manière grave et immédiate). D'ailleurs comme nous l'avons expliqué plus haut, plusieurs constitutions étrangères interdisent leur révision *pendant les états exceptionnels*. Par exemple, selon la Constitution espagnole, la révision de la Constitution est interdite en *temps de guerre* ou lorsque l'*état d'urgence*, ou l'*état d'exception*, ou l'*état de siège* est en vigueur (art.169). De même l'art.289 de la Constitution portugaise précise qu'« aucun acte de révision constitutionnelle ne peut être accompli pendant l'*état de siège* ou l'*état d'urgence* ».

58. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 3^e édition, 1993, p.182.

« il est exact que les mesures prises en application de l'article 16 tendent à assurer le fonctionnement normal des pouvoirs constitutionnels et non à les changer ; mais ceci concerne les mesures prises par le Chef de l'Etat et non l'application régulière de l'article 89. Le Conseil constitutionnel paraît cependant s'être référé à une interprétation très large de l'arrêt [*Sieur Rubin de Servens et autres*]⁵⁹ du Conseil d'Etat implicitement tout au moins ; ou il est tout à fait exceptionnel que le Conseil constitutionnel dégage un principe constitutionnel d'un texte qui ne le consacre pas expressément »⁶⁰.

Le doyen Louis Favoreu lui aussi désapprouve la décision du Conseil constitutionnel. Selon lui, « on pourrait très bien concevoir que le Président de la République demande aux assemblées, d'abord séparément, puis au Congrès (ou au peuple par voie de référendum), de modifier la Constitution »⁶¹. Or le Conseil constitutionnel a entériné cette interprétation doctrinale, « sans se poser de questions alors que ce n'était pas si évident. Il interprète donc largement la notion de périodes d'interdiction de la révision constitutionnelle »⁶².

§ 1. LES CONDITIONS DE FORME EXIGÉES DANS LA PROCEDURE DE REVISION CONSTITUTIONNELLE

La Constitution française de 1958 prévoient plusieurs conditions à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Nous allons voir ces conditions dans le cadre des procédures de révision constitutionnelle. La Constitution française de 1958 contient deux procédures régulières (celle de l'article 85 et celle de l'article 89) et une procédure contestée (celle de l'article 11) de révision constitutionnelle.

A. LA PROCEDURE DE L'ARTICLE 85

C'est une procédure spécifique et dérogatoire qui ne peut être utilisée que pour la révision des dispositions du titre XIII, intitulé « De la Communauté »⁶³. L'article 85 lui même comporte deux procédures distinctes : une procédure initiale (alinéa 1), et une procédure alternative (alinéa 2).

Selon l'alinéa 1 de cet article de l'article 85,

Par dérogation à la procédure de l'article 89, les dispositions du présent titre qui concerne le fonctionnement des institutions communes sont révisées par des lois votées dans les mêmes termes par le Parlement de la République et par le Sénat de la Communauté.

59. C.E., *Sieur Rubin de Servens et autres*, 2 mars 1962, *Revue du droit public*, 1962, p.314-315. Pour le Conseil d'Etat, l'article 16 confère au président de la République le pouvoir législatif et un pouvoir réglementaire mais non pas un pouvoir constituant.

60. François Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *Revue du droit public*, 1992, p.1592.

61. Favoreu, Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.737.

62. *Ibid.*

63. Cadart, *op. cit.*, t.I, p.149-150 ; Pactet, *op. cit.*, p.500 ; Jean-Louis Quermonne et Dominique Chagnollaude, *Le gouvernement de la France sous la Ve République*, Paris, Dalloz, 4^e édition, 1991, p.519.

Et l'alinéa 2 de cet article précise que

Les dispositions du présent titre peuvent être également révisées par accords conclus entre les Etats de la Communauté ; les dispositions nouvelles sont mises en vigueur dans les conditions requises par la Constitution de chaque Etat.

Notons que la procédure prévue par l'alinéa 1 de l'article 84 a été appliquée une seule fois pour adopter l'alinéa 2 de cet article (la loi constitutionnelle du 4 juin 1960)⁶⁴.

Comme le constate le professeur Jacques Cadart, « aujourd'hui, cette disposition est pratiquement inutilisable, même si juridiquement, elle est toujours en vigueur. En effet le Sénat de la Communauté qui doit intervenir, n'existe plus bien qu'il n'ait jamais été supprimé »⁶⁵.

B. LA PROCEDURE DE L'ARTICLE 89

La Constitution française de 1958 règle essentiellement la procédure de révision constitutionnelle dans son article 89, al.1 à 3, sous le titre XVI intitulé « De la révision ».

Article 89. – L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier Ministre et aux membres du Parlement.

Le projet ou la proposition de révision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale.

1. L'initiative de la révision

Selon l'alinéa 1 de l'article 89, le pouvoir de proposer la révision de la Constitution est partagé entre les membres du Parlement et le président de la République. Les propositions de révision constitutionnelle faites par les membres du Parlement n'obéissent pas à des conditions particulières ; « elles sont déposées, sous le nom de proposition de révision, dans les formes habituellement suivies pour l'exercice du droit de proposition en matière législative »⁶⁶. D'ailleurs la Constitution française, contrairement à certaines constitutions étrangères⁶⁷, n'exige pas la signature de la proposition de révision par un certain nombre de parlementaires. Ainsi *un* seul membre de l'Assemblée nationale ou du Sénat peut déposer une proposition de révision.

64. La loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960, *Journal officiel* du 8 juin 1960.

65. Cadart, *op. cit.*, t.I, p.149.

66. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.103.

67. Par exemple la Constitution turque (l'art.175, al.1) exige la signature de la proposition par un tiers au moins du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. De même selon la Constitution grecque (art.110, al.2), la proposition doit être faite par au moins cinquante députés.

Par contre, le pouvoir d'initiative du président de la République est soumis à une condition : il ne peut s'exercer que sur proposition du Premier ministre (art.89, al.1). En d'autres termes, l'initiative du président de la République doit être contresignée par le Premier ministre (art.19). Ainsi la proposition de révision faite par le président de la République nécessite un accord entre lui et le Premier ministre.

Il convient de se demander si le président de la République est tenu d'accepter la proposition du Premier ministre. Selon certains auteurs, aux termes de l'alinéa 1 de l'article 89, l'initiative « *appartient* » au président de la République, « ce qui suggère qu'il est libre de donner, ou de ne pas donner suite, à la proposition du Premier Ministre »⁶⁸. Par contre le président de la République doit respecter le contenu de la proposition du Premier ministre. Car, comme le remarque Daniel Gaxie, « écarter certaines dispositions, ou introduire de nouvelles, reviendrait à tourner la Constitution, qui subordonne l'initiative constitutionnelle du Président à l'existence préalable d'une proposition du chef du gouvernement »⁶⁹. Enfin on remarquera que le président de la République a la liberté d'appréciation quant à l'opportunité d'une initiative de révision émanant du Premier ministre⁷⁰.

Sur d'autres points, la proposition ou le projet de révision sont soumis à la procédure législative ordinaire.

Ainsi le Gouvernement a la maîtrise de l'ordre du jour, c'est-à-dire qu'il fait venir en discussion devant le Parlement les propositions qu'il veut et peut enterrer définitivement les autres⁷¹.

2. L'élaboration de la révision

L'élaboration de la révision est conférée au Parlement. L'alinéa 2 de l'article 89 précise que « le projet ou la proposition de révision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques ». Il en résulte qu'aucune révision de la Constitution ne peut être réalisée dans le cadre de l'article 89 sans l'accord des deux chambres. Ainsi l'Assemblée nationale et le Sénat se trouvent placés sur un pied d'égalité⁷². Le Premier ministre ne peut provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire, et le Gouvernement ne peut pas demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement (art.45). L'article 89 impose alors le *bicaméralisme égalitaire* en matière de révision constitutionnelle⁷³.

68. Gaxie, *op. cit.*, p.1327.

69. *Ibid.*

70. Branchet, *op. cit.*, p.19.

71. Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.84.

72. Gaxie, *op. cit.*, p.1331.

73. Cadart, *op. cit.*, t. I, p.144.

Dans cette phase, la procédure de révision est soumise aux mêmes règles que la procédure législative ordinaire⁷⁴. Par conséquent, le gouvernement dispose des mêmes pouvoirs. Par exemple, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission compétente, et recourir à la procédure de « vote bloqué » (art.44), ou engager sa responsabilité (art.49).

Ainsi, comme les lois ordinaires, les projets ou propositions de révision sont votés à la majorité relative, c'est-à-dire, à la majorité des suffrages exprimés, sans que l'on tienne compte des absences ou des abstentions⁷⁵.

Par contre la procédure de révision constitutionnelle diffère à ce stade de la procédure législative sur le point suivant : le Gouvernement ne dispose d'aucun moyen de contrainte à l'égard du Sénat⁷⁶.

3. L'approbation de la révision

Après le vote en termes identiques du texte de révision constitutionnelle par les deux chambres, il faut procéder à son approbation. Pour cela l'article 89 prévoit deux voies alternatives : le recours au référendum ou le vote par le Parlement réuni en Congrès.

Dans l'esprit des constituants de 1958, le référendum devait constituer la voie normale, la procédure de droit commun de la révision constitutionnelle⁷⁷. D'ailleurs, cette interprétation est conforme au texte de l'alinéa 2 de l'article 89 : « la révision est définitive après avoir été approuvée par référendum ». L'approbation par le Congrès apparaît donc comme une possibilité secondaire⁷⁸. Il faut souligner qu'elle est réservée aux seuls *projets de révision*. L'alinéa 3 de l'article 89 est clair : « Toutefois, le *projet de révision* n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ».

Le choix entre le référendum et le Congrès appartient au président de la République. La décision du président de la République est soumise au contreseing du Premier ministre, en raison de l'exclusion de l'article 89 de la liste limitative prévue par l'article 19 de la Constitution. Par conséquent ce choix nécessite l'existence d'un accord politique entre le président de la République et le Premier ministre.

Dans le cas où le Congrès repousserait ou n'approuverait pas à la majorité qualifiée un projet de révision, le recours au référendum n'est plus possible. Car le

74. Gaxie, *op. cit.*, p.1329 ; Branchet, *op. cit.*, p.26.

75. Gaxie, *op. cit.*, p.1331.

76. *Ibid.*

77. Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.85 ; Gaxie, *op. cit.*, p.1331 ; Branchet, *op. cit.*, p.29.

78. Gaxie, *op. cit.*, p.1332.

texte même de l'alinéa 3 de l'article 89 semble exclure une telle éventualité. Celui-ci en effet précise que « le projet de révision *n'est pas* présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ».

En dernier lieu, il convient de préciser les *incertitudes dans la procédure de révision*. A ce propos, deux questions se posent.

1. La première consiste à savoir *si le président de la République a le droit d'interrompre ou non la procédure de révision après que le projet de révision ait été régulièrement approuvé par les deux assemblées*⁷⁹. Le professeur Maurice Duverger soutient que la possibilité pour le président de la République de suspendre la procédure constitue un « droit de veto constitutionnel ». Or la Constitution ne prévoit pas un tel droit. D'ailleurs, l'alinéa 3 précise qu'il n'est pas procédé à un référendum lorsque le président de la République *décide* de soumettre le projet de révision au Congrès. Ici, l'indicatif présent vaut l'impératif⁸⁰. Sans entrer dans les détails, précisons que la Constitution ne fixe aucun délai. D'ailleurs il n'y a aucune procédure permettant d'obliger le président de la République à soumettre le projet au Congrès ou au référendum. Par conséquent, comme le remarque le président Dmitri Georges Lavroff,

« la seule solution pour surmonter l'opposition du président de la République serait de l'accuser de haute trahison et de le traduire devant la Haute Cour de Justice. En dehors de cette procédure exceptionnelle..., il n'y a pas de moyen juridique susceptible d'interdire au président de la République de stopper en fait la procédure ou de surmonter les effets de son inaction »⁸¹.

Aucune proposition parlementaire n'a abouti jusqu'à ce jour. Mais comme le remarque le professeur Pierre Pactet⁸², on peut envisager le même problème pour les propositions parlementaires. Le président de la République peut-il s'opposer à la nécessaire consultation populaire ? Selon le professeur Philippe Ardant, la proposition de révision adoptée par les deux assemblées doit être soumise au peuple par référendum. « Le Président de la République et le Gouvernement n'ont aucune possibilité d'intervenir dans la procédure..., ils seraient obligés d'organiser un référendum après l'approbation par les chambres d'un texte identiques »⁸³. Pour le professeur Pierre Pactet aussi,

« en droit, une réponse négative s'impose. En effet, il ressort des textes que le Président ne dispose que d'une compétence de procédure. L'absence de délai préfixé dans l'article 89, si elle laisse une certaine latitude au Président, ne lui confère pas évidemment pas un droit de veto à l'encontre des propositions d'origine parlementaire... Un refus du Président ou un ajournement abusif constitueraient une fraude à la constitution évidemment choquant »⁸⁴.

79. Un tel cas s'est produit à deux reprises en 1973 et en 1974.

80. Maurice Duverger, « Un droit de veto constitutionnel », *Le Monde*, 20-21 octobre 1974, cité par Gaxie, *op. cit.*, p.1333.

81. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.107.

82. Pactet, *op. cit.*, p.504.

83. Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.84.

84. Pactet, *op. cit.*, p.504.

Mais il ajoute tout de suite que « si une telle hypothèse se réalisait, il serait très difficile d'y porter remède, compte tenu de l'irresponsabilité du Président »⁸⁵.

2. L'autre question concerne *la possibilité de reprendre ou non la procédure un moment suspendue par le président de la République*. Selon le doyen Henry Roussillon, le silence de la Constitution ne vaut pas l'absence de délai. On ne peut pas reprendre la procédure au-delà d'un délai raisonnable. Dans la détermination de ce délai, il faut d'abord prendre en considération la cause de l'ajournement. « En effet, dit le doyen Roussillon, on est en droit de considérer que l'opération de révision est suspendue aussi longtemps que la cause de l'ajournement demeure »⁸⁶. Ensuite, le doyen Roussillon propose un critère institutionnel selon lequel

« la révision constitutionnelle ajournée ne peut être reprise que tant que les acteurs qui ont participé à la première phase sont les mêmes ; il s'agit du Président de la République, de l'Assemblée nationale et du Sénat »⁸⁷.

Encore rappelons que la Constitution ne prévoit aucun délai et aucun mécanisme pour contraindre le président de la République. Il semble alors que l'interruption de la procédure de révision ne rend pas caduc le texte voté par les deux assemblées⁸⁸. De plus on peut citer un précédent : la loi constitutionnelle n° 63-1327 du 30 décembre 1963. La procédure de cette révision qui a commencé en 1960 avec un vote favorable de l'Assemblée nationale le 15 décembre 1960, n'a été approuvée que le 20 décembre 1963 après le renouvellement de l'Assemblée nationale en 1962⁸⁹. D'ailleurs, comme l'invoque Pierre Pactet⁹⁰, cette pratique se trouve à l'origine même de la V^e République : la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 a été adoptée à partir de résolutions votées en 1955.

Enfin, en ce qui concerne le déroulement de la procédure référendaire d'approbation de la révision, devant le silence de la Constitution les auteurs se bornent à noter qu'il appartient au président de la République de fixer la date de la consultation et de convoquer les électeurs⁹¹. Cette décision est soumise au contreseing du Premier ministre, puisque l'article 19 ne mentionne pas l'article 89. D'ailleurs conformément à l'article 60 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats ».

85. *Ibid.*

86. Henry Roussillon, « Le devenir du 'projet Pompidou' de 1973 : réflexions sur le temps dans la procédure constitutionnelle », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992), Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.100.

87. *Ibid.*, p.101.

88. En ce sens voir Gaxie, *op. cit.*, p.1334 ; Ardant, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.84 ; Cadart, *op. cit.*, t.I, p.146 ; Gicquel, *op. cit.*, p.518 ; Quermonne et Chagnollaude, *op. cit.*, p.64 ; Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.89 ; Georges Vedel, *Le Monde*, 5 décembre 1991.

89. Selon le doyen Henry Roussillon, « il ne s'agit pas là d'un précédent puisqu'à aucun moment n'a été prise une décision d'ajournement » (Roussillon, « Le devenir du 'projet Pompidou' de 1973... », *op. cit.*, p.103).

90. Pactet, *op. cit.*, p.503, note 4.

91. Gaxie, *op. cit.*, p.1334 ; Branchet, *op. cit.*, p.32.

La Constitution ne précise pas davantage les modalités de l'approbation par le Congrès. Elle indique simplement que « le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale » (art.89, al.3). Le Congrès n'élit donc pas son bureau. Par conséquent le président du Congrès est celui de l'Assemblée nationale⁹². Le Congrès se réunit à Versailles. L'ordre du jour est fixé par le décret de convocation, signé par le président de la République et contresigné par le Premier ministre. Le congrès n'a pas à discuter le projet de révision ; il n'a pas la faculté de l'amender. Le seul objet de la réunion du Congrès est d'émettre un vote sur les textes déjà adoptés par les deux chambres. Le projet de révision est réputé adopté quand il obtient les trois cinquièmes des suffrages exprimés (art.89, al.3). Les abstentions n'interviennent donc pas dans le calcul de la majorité qualifiée et favorisent ainsi l'adoption du texte en discussion⁹³.

4. La promulgation

La loi constitutionnelle ainsi approuvée est promulguée par le président de la République (art.10)⁹⁴. Le pouvoir de promulgation du président de la République est soumis au contreseing du Premier ministre (art.19). Il convient également noter que la possibilité reconnue au président de la République de « demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou certaines de ses articles » (art.10, al.2) peut s'appliquer à la loi constitutionnelle votée par le Congrès du Parlement⁹⁵.

C. LA PROCEDURE CONTESTEE DE L'ARTICLE 11

Existe-t-il une troisième procédure de révision de la Constitution de 1958 ?

A deux reprises, en 1962 et en 1969, le général de Gaulle a utilisé l'article 11 pour réviser la Constitution de 1958. L'emploi de cet article pour procéder à une révision de la Constitution a suscité une vaste controverse. Au début, deux thèses se sont affrontées. Selon le général de Gaulle et certains constitutionnalistes, l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution est régulière⁹⁶. Par contre, la

92. Branchet, *op. cit.*, p.32 ; Gaxie, *op. cit.*, p.1334.

93. En ce qui concerne le déroulement de la procédure d'approbation de la révision par le Congrès voir Gaxie, *op. cit.*, p.1334-1335 ; Branchet, *op. cit.*, p.32-34.

94. Jean Massot, « Article 10 », in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.403.

95. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.125.

96. Cette thèse est défendue par Pierre Lampué et Françoise Goguel. Voir Pierre Lampué, « Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11 », *Revue du droit public*, 1962, p.931-935 ; François Goguel, *Les institutions politiques de la France*, Les cours de droit, I.E.P. de Paris, 1968-1969, (Compléments et rectifications de 1969-1970), p.45 ; François Goguel, « De la conformité du référendum 28 octobre 1962 à la Constitution », in *Mélanges offerts en hommage à Maurice Duverger*, Paris, P.U.F., 1987, p.115-125.

A l'occasion de l'utilisation de l'article 11 en 1969, une justification par la coutume constitutionnelle a été avancée par Georges Vedel (« Le droit par coutume », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968) et Marcel Prélot (« Sur l'interprétation coutumière de l'article 11 », *Le Monde*, 15 mars 1969).

majorité de la classe politique et de la doctrine ont contesté la régularité de l'emploi de l'article 11⁹⁷. Avec le temps, comme le constate Gérard Conac, « plusieurs constitutionnalistes durent reconnaître qu'effectivement l'article 11 posait aux juristes un problème sérieux dont la solution n'était pas aussi évidente qu'ils avaient pu le penser d'abord »⁹⁸. Aujourd'hui les juristes manifestent moins de réserve. Une bonne partie des constitutionnalistes considèrent que la révision de la Constitution par la voie de l'article 11 est possible⁹⁹. D'ailleurs le président François Mitterrand a déclaré en 1988 que « ...l'usage établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89 »¹⁰⁰. Nous ne voulons pas entrer dans ce débat qui dépasse largement le cadre limité de notre thèse. Précisons simplement que les lois qui sont adoptées par la voie de l'article 11 ne sont pas annulables¹⁰¹, par conséquent on ne peut pas contester leur validité. Ainsi, on peut reconnaître avec Michel Troper que

« la Constitution, en s'abstenant d'organiser un contrôle du recours à l'article 11, institue, au profit du Président de la République, un monopole de l'interprétation. En termes juridiques, l'interprétation du Président est seule authentique et l'article 11, notamment l'expression 'organisation des pouvoirs publics', ne peut avoir d'autre sens au regard de la Constitution que celui que lui confère le Président »¹⁰².

En conclusion, on peut adopter les lois constitutionnelles valables en application de l'article 11. Il faut alors voir brièvement les conditions de forme exigées dans la procédure de l'article 11.

D'abord voyons le texte de l'article 11.

Article 11.— Le Président de la République sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au *Journal officiel*, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de Communauté ou ten-

97. Georges Berlia, « Le problème de la constitutionnalité de référendum du 28 octobre 1962 », *Revue du droit public*, 1962, p. 936-949 ; Maurice Duverger, *Le Monde*, 17 octobre 1962 ; P. Bastid, G. Berlia, Ph. Teitgen, *L'aurore*, 14 octobre 1962 ; Sur le référendum 1969 : Maurice Duverger, « La carte forcée », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968 ; A. Hauriou, « Contre le viol des constitutions », *Le Monde*, 26-27 juillet 1968.

98. Gérard Conac, « Article 11 », in Françoise Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de-), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.436.

99. A cet égard le revirement de Maurice Duverger est impressionnant. Etant contre en 1962 l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution, il a admis dans les années 1980 que « l'article 11 et l'article 89 sont désormais placés sur le même pied » (Maurice Duverger, *Le système politique français*, Paris, P.U.F., 20^e édition, 1990, p.385). En ce sens voir encore (mais les opinions très nuancées) : Burdeau, Hamon, Troper, *op. cit.*, p.23^e éd., 1993, p.442 ; Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.110-115 ; Quermonne et Chagnollaude, *op. cit.*, p.66-67 ; Philippe Ardant, « La révision constitutionnelle en France : problématique générale », *op. cit.*, p.89-90 ; Gicquel, *op. cit.*, p.519 ; Debbasch et alii, *op. cit.*, p.619-621.

100. François Mitterrand, « Sur les institutions » (Entretien avec Olivier Duhamel), *Pouvoirs*, n° 45, avril 1988, p.138.

101. C.C., décision 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p.27. Cette décision sera étudiée dans la deuxième partie de notre travail (Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, A).

102. Michel Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p.72.

dant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le Président de la République le promulgue dans le délai prévu à l'article précédent.

On peut distinguer les étapes suivantes dans la procédure de l'article 11.

1. L'initiative

Selon l'article 11, l'initiative du référendum appartient au président de la République. La décision de recourir au référendum prend la forme d'un décret du président de la République¹⁰³. C'est ce décret qui fixe la date de convocation du corps électoral¹⁰⁴. Ce décret n'est pas susceptible de recours juridictionnel¹⁰⁵. Le Conseil d'Etat considère en effet qu'il s'agit d'un acte de gouvernement¹⁰⁶.

La décision du président de la République de recourir au référendum est soumise à une condition : elle ne peut être prise que sur proposition du Gouvernement ou sur proposition conjointe des deux assemblées. La proposition d'origine gouvernementale est soumise elle-même à une condition de forme : elle ne peut être présentée que pendant la durée des sessions. Il s'agit d'éviter que le parlement ne puisse être mis devant le fait accompli. Ainsi l'Assemblée nationale peut se prononcer sur une motion de censure¹⁰⁷. Il faut préciser que ce n'est pas le Premier ministre, mais le Gouvernement qui est compétent pour faire la proposition¹⁰⁸.

Le président de la République peut accepter ou refuser de recourir au référendum. Cette décision n'est pas soumise au contreseing du Premier ministre (art.19). Mais le président de la République ne peut pas soumettre au référendum « un autre texte que celui du projet de loi délibéré en Conseil des ministres, ou pour le libellé de la question, une autre rédaction que celle qui est formulée dans la proposition du gouvernement ou celle des deux assemblées »¹⁰⁹.

Dans la pratique on remarquera qu'avant la décision présidentielle, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont été consultés. La consultation du Conseil d'Etat découle de l'article 39 de la Constitution en ce qui concerne l'examen du projet de la loi à soumettre au référendum¹¹⁰. Par contre la consultation du Conseil constitutionnel n'est pas une exigence constitutionnelle *avant* la décision du président de la République¹¹¹.

103. Conac, *op. cit.*, p.451.

104. *Ibid.*

105. *Ibid.*

106. C.E., *Brocas*, 19 octobre 1962.

107. Conac, *op. cit.*, p.447.

108. *Ibid.*, p.447.

109. *Ibid.*, p.452.

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

2. Les opérations de référendum

Les règles relatives à l'organisation du scrutin sont fixées par décret¹¹². Selon l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, le Conseil constitutionnel doit être consulté par le gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum (art.46). La consultation du Conseil constitutionnel est donc obligatoire. Les opinions du Conseil constitutionnel n'ont qu'une valeur consultative¹¹³.

L'article 11 garde le silence sur les modalités de l'organisation du référendum. Il doit être complété par l'article 60 qui indique que « le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum ».

Les résultats du référendum sont proclamés par le Conseil constitutionnel (art.60). Le projet de loi est adopté s'il a réuni la majorité absolue des votes exprimés. A l'opposé de la Constitution danoise¹¹⁴, la Constitution française n'exige pas un seuil de participation comme une condition de validité du vote.

3. La promulgation

Selon le deuxième alinéa de l'article 11,

Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le Président de la République le promulgue dans le délai prévu à l'article précédent.

Ainsi la proclamation des résultats du référendum n'entraîne pas la mise en vigueur de la loi référendaire¹¹⁵. Elle doit être promulguée dans les mêmes conditions que les lois ordinaires. Le président de la République le promulgue dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement (art.10). Pour les lois référendaires, cette transmission est effectuée par le président du Conseil constitutionnel¹¹⁶.

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*

114. Comme on l'a vu plus haut, selon l'article 88 de la Constitution danoise, la majorité des votants doit réunir au moins 40 pour cent de tous les électeurs inscrits (Oberdorff, *op. cit.*, p.104).

115. Conac, *op. cit.*, p.457.

116. *Ibid.*

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 2

LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE INSCRITES DANS LA CONSTITUTION TURQUE DE 1982

La première Constitution écrite en Turquie était celle de l'Empire ottoman du 23 décembre 1876. Cette Constitution déterminait la procédure de révision constitutionnelle dans son article 116. Elle ne prévoyait aucune limite à la révision constitutionnelle. Par contre la Constitution de la République turque du 20 avril 1924 prévoit pour la première fois une limite matérielle : l'intangibilité de la forme républicaine de l'Etat. Selon l'article 102 de cette Constitution, la disposition de l'article 1^{er} de la Constitution concernant la forme républicaine de l'Etat ne peut être révisée, ni sa révision proposée. Cette interdiction se retrouve également dans la Constitution du 9 juillet 1961 (art.9). Dans ces deux Constitutions, il n'y avait pas d'autres limites matérielles à la révision constitutionnelle. Par contre la Constitution de la République turque du 7 novembre 1982¹ prévoit plusieurs limites matérielles à la révision constitutionnelle.

§ 1. LES LIMITES MATERIELLES

La Constitution de 1982 détermine les limites matérielles à la révision constitutionnelle dans son article 4, intitulé « les dispositions intangibles ».

1. Loi n° 2709 du 7 novembre 1982, *Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi* [Journal officiel de la République turque], n°17863 du 9 novembre 1982. Pour sa traduction en français voir : *Constitution de la République turque de 1982*, Traduction établie par la Direction générale turque de la presse et de l'information, Ankara, 1982, 129 p. Nos citations sont tirées de cette traduction. Lorsque nous nous en écartons, nous le précisons en bas de page.

Article 4.– La disposition de l'article 1^{er} de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est une république, ainsi que les caractéristiques de la République précisées dans l'article 2² et celles de l'article 3 ne peuvent pas être révisées, ni leur révision proposée³.

Ainsi selon l'article 4, les dispositions des articles 1 et 3, ainsi que les caractéristiques de la République précisées dans l'article 2 de la Constitution sont intangibles. Maintenant voyons ces dispositions et les caractéristiques.

Article premier.– L'Etat turc est une République.

Comme nous l'avons vu, c'est une interdiction que l'on rencontre dans les plusieurs constitutions.

Ensuite selon l'article 4, « les caractéristiques de la République précisées dans l'article 2 » ne peuvent pas être révisées. L'article 2, intitulé « *caractéristiques de la République* » est ainsi rédigé :

Article 2.– La République de Turquie est un Etat de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme,⁴ dans un concept⁵ de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et s'appuyant sur les principes fondamentaux exprimés dans le préambule⁶.

Dans la doctrine constitutionnelle turque, il y a un débat sur la détermination des caractéristiques de la République précisées dans l'article 2 de la Constitution.

D'abord il convient de donner la liste des principes sur lesquels il y a l'unanimité dans la doctrine constitutionnelle. Ainsi les principes suivants sont les caractéristiques de la République et par conséquent ils bénéficient de la protection de l'article 4.

- l'Etat de droit ;
- l'Etat démocratique ;
- l'Etat laïque ;
- l'Etat social ;
- l'Etat respectueux des droits de l'homme ;
- le nationalisme d'Atatürk ;
- les principes exprimés dans le préambule.

2. Nous nous écartons ici de la traduction établie par la Direction générale turque de la presse et de l'information (« ...ainsi que les dispositions de l'article 2 relatives aux caractéristiques de la République... »), pour adopter une lecture littérale (« ...ainsi que les caractéristiques de la République précisées dans l'article 2... [...2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri...] »).

3. La traduction établie par la Direction générale turque de la presse et de l'information, *op. cit.*, p.7.

4. Signalons qu'il y a une virgule entre les expressions « ...droits de l'homme » et « dans un concept... ». Cette virgule est omise dans la traduction établie par la Direction générale turque de la presse et de l'information. Voir *op. cit.*, p.6).

5. Nous nous écartons ici également de la traduction établie par la Direction générale turque de la presse et de l'information (« ...dans un esprit de... »), pour adopter une lecture littérale (« ...dans un concept de... [...anlayisi içinde...] »).

6. La traduction établie par la Direction générale turque de la presse, *op. cit.*, p.6.

Pourtant les auteurs ne sont pas unanimes sur certains points : la « paix sociale », la « solidarité nationale » et la « justice » font-elle partie des principes intangibles de la Constitution ?

Selon une thèse, la « paix sociale », la « solidarité nationale » et la « justice » ne font pas partie des caractéristiques de la République, par conséquent elles ne bénéficient pas de la protection de l'article 4. En effet, selon l'article 4, « la *disposition de l'article 1^{er}* de la Constitution... et *celles de l'article 3* ne peuvent pas être révisées ». Par contre en ce qui concerne l'article 2, dans l'article 4, l'expression utilisée est la suivante : « les caractéristiques de la République précisées dans l'article 2 », et non pas celle-ci : « les dispositions de l'article 2 ». Alors on affirme que l'article 4 interdit seulement la révision des « caractéristiques de la République mentionnées dans l'article 2 », et non pas l'ensemble des dispositions de cet article⁷.

Ainsi certains auteurs ont tendance à penser que les principes énumérés dans l'article 2 ne sont pas tous des caractéristiques de la République. Par exemple, les principes de l'Etat de droit, de l'Etat démocratique, de l'Etat laïque, de l'Etat social, de l'Etat respectueux des droits de l'homme, et du nationalisme d'Atatürk, ainsi que les principes fondamentaux exprimés dans le préambule peuvent être considérés comme les caractéristiques de la République, par conséquent ils ne peuvent pas être révisés. Par contre, on ne peut pas affirmer la même chose pour le reste de l'article 2, c'est-à-dire, pour l'expression « dans un concept de paix sociale, de solidarité nationale et de justice »⁸. En d'autres termes, on pourrait penser que la paix sociale, la solidarité nationale et la justice ne peuvent pas être considérées comme les caractéristiques de la République. Ainsi, certains auteurs interprètent l'expression « dans un concept de paix sociale, de solidarité nationale et de justice » non pas comme une caractéristique de la République, mais comme une définition renforçant les caractéristiques mentionnées dans le reste de cet article. Par conséquent la paix sociale, la solidarité nationale et la justice ne bénéficient pas de la protection de l'article 4⁹.

D'autre part, il y a un débat sur l'interprétation de l'expression « *dans un concept de paix sociale, de solidarité nationale et de justice* ». D'abord rappelons le texte de l'article 2 : « La République de Turquie est un Etat de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme, *dans un concept* de paix sociale, de solidarité nationale et de justice... ». Le professeur Ergun Özbudun se demande si les notions de « paix sociale, de solidarité nationale et de justice » sont des notions encadrant le respect des droits de l'homme, ou bien des principes indépendants. Si l'on accepte la première interprétation, l'accent sur le respect des droits de l'homme serait affaibli. Car, dans ce cas on pourrait en déduire que l'Etat n'a l'obligation de respecter des droits de l'homme que dans le cadre de la paix sociale, de la solidarité nationale et de la justice. Le professeur Özbudun, en

7. Yildizhan Yayla, « 1982 Anayasasina Göre Devletin Özü [L'essence de l'Etat selon la Constitution de 1982] », *Idare Hukuku ve Ilimleri Dergisi* [Revue du droit et des sciences administratives], 1983, n° 1-3, p.38.

8. Erdal Onar, *1982 Anayasasinda Anayasayi Degistirme Sorunu* [Question de révision constitutionnelle sous la Constitution de 1982], Ankara, 1993, p.13.

9. *Ibid.*, p.14.

constatant que dans le texte de l'article, les expressions « la République de Turquie est un Etat... respectueux des droits de l'homme » et « dans un concept de paix sociale, de solidarité nationale et de justice » sont séparées par une virgule, affirmant qu'il faut interpréter les notions de paix sociale, de solidarité nationale et de justice comme des principes indépendants, et non pas comme le cadre du respect des droits de l'homme¹⁰.

Par contre selon le professeur Mümtaz Soysal, il y a ici un problème linguistique résultant de la rédaction du texte de l'article 2. Si l'on enlève la virgule, le respect des droits de l'homme serait encadré par les notions de paix sociale, de solidarité nationale et de justice. Et si on la garde, dans ce cas, la République de Turquie serait un Etat dans un concept de paix sociale, de solidarité nationale et de justice¹¹.

Erdal Onar, en constatant que l'intitulé de l'article 2 est « les caractéristiques de la République », affirme que l'ensemble des dispositions de l'article 2 entrent dans l'interdiction de révision prévue par l'article 4¹².

Enfin il faut signaler que l'article 2 fait référence aux principes fondamentaux exprimés dans le préambule. Selon cet article, « la République de Turquie est un Etat... s'appuyant sur les principes fondamentaux exprimés dans le préambule ». Ainsi non seulement les principes mentionnés dans l'article 2, mais ceux aussi qui sont exprimés dans le préambule, font partie des limites matérielles à la révision constitutionnelle. C'est pourquoi il convient de voir ces principes. Citons d'abord le texte du préambule.

Préambule.— Alors qu'une guerre civile sanglante, telle qu'on n'en avait pas vu de semblable sous la République, était sur le point d'éclater et menaçait l'Etat de destruction et de division en mettant en cause l'intégrité de la patrie et de la nation turques qui sont éternelles et l'existence sacrée de l'Etat turc ;

La présente CONSTITUTION, qui a été acceptée et approuvée par la Nation turque et établie directement par Elle, et qui est l'oeuvre de ses représentants légitimes que sont l'Assemblée consultative qui l'a préparée, et le Conseil national de Sécurité, qui lui a donné sa forme définitive, à la suite de l'opération du 12 septembre 1980 réalisé par les Forces armées turques à l'appel de la Nation turque avec laquelle elles forment un tout indissociable :

– Conformément au concept de nationalisme défini par Atatürk et aux principes et aux réformes mise en oeuvre par Lui, fondateur de la République turque, guide immortel et héros incomparable ;

– Sur la voie de la détermination de la République de Turquie, en tant que membre estimé de la famille des nations du monde et jouissant de droits égaux aux leurs, à perpétuer son existence, à atteindre le bien-être, et le bonheur matériel et spirituel et à s'élever au niveau de la civilisation contemporaine ;

10. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* [Le droit constitutionnel turc], Ankara, Yetkin Yayinlari, 1986, p.80.

11. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanin Anlami* [Le sens de la Constitution en 100 questions], Istanbul, Gerçek Yayınevi, 1990, s.397-398. Le même problème est souligné encore par Taha Parla, *Türkiye'de Anayasalar* [Les Constitutions en Turquie], Istanbul, 1991, p.33, ainsi que par Onar, *op. cit.*, p.14.

12. Onar, *op. cit.*, p.15.

– Considérant que, vu la suprématie absolue de la volonté nationale, la souveraineté appartient sans condition ni réserve à la nation turque et qu'aucune personne ou institution habilitée à l'exercer au nom de la nation ne peut enfreindre la démocratie libérale spécifiée dans la présente Constitution ni l'ordre juridique défini en fonction de ses exigences ;

– Considérant que la séparation des pouvoirs n'implique pas un ordre de préséance entre les organes de l'Etat mais consiste en utilisation exclusive par chacun d'eux de pouvoirs étatiques déterminés, comme une forme civilisée de coopération et de division du travail, et que la supériorité appartient à la Constitution et aux lois ;

– Considérant qu'aucune opinion ou pensée ne peut se voir accorder protection à l'encontre des intérêts nationaux turcs, du principe d'indivisibilité de l'entité turque du point de vue de l'Etat et du territoire, des valeurs historiques et spirituelles inhérentes au peuple turc, ni du nationalisme, des principes, des réformes et du modernisme d'Atatürk, et qu'en vertu du principe de laïcité, les sentiments sacrés de religion ne peuvent en aucun cas être mêlés aux affaires de l'Etat ni à la politique ;

– Considérant que chaque citoyen turc bénéficie, conformément aux impératifs d'égalité et de justice sociale, des droits et libertés fondamentaux énoncés dans la présente Constitution, et possède dès sa naissance le droit et la faculté de mener une vie décente au sein de la culture nationale, de la civilisation et de l'ordre juridique et de s'épanouir matériellement et spirituellement dans cette voie ;

– Considérant que l'ensemble des citoyens turcs ont en commun leur sentiment de fierté et de gloire nationales, partagent les joies et peines nationales, les droits et devoirs envers l'entité nationale, les bonheurs et les malheurs, et qu'ils sont associés dans toutes les manifestations de la vie nationale, et ont le droit d'exiger une vie paisible, dans le respect absolu de leurs droits et libertés réciproques et tenant compte des sentiments de fraternité et d'amour sincère dont ils sont animés mutuellement et de leur désir confiant pour la « Paix dans le pays, paix dans le monde » ;

Est livrée et confiée par la nation turque à l'amour pour la patrie et la nation des enfants turcs épris de démocratie,

En vue d'être comprise conformément à l'esprit, à la foi et à la résolution qui l'animent et interprétée et appliquée en ce sens dans le respect et la loyauté absolue envers sa lettre et son esprit¹³.

Puisque l'article 2 fait référence aux « principes fondamentaux exprimés dans le préambule », mais pas au « préambule », on pourrait conclure que seulement les « principes fondamentaux » sont intangibles, et non pas l'ensemble des dispositions du préambule. Pourtant comme le remarquent plusieurs auteurs¹⁴, il est difficile de déterminer quels sont ces principes fondamentaux. Les différents auteurs donnent différentes listes des principes fondamentaux exprimés dans le préambule. Par exemple, la liste dressée par le professeur Özbudun est la suivante :

- la légitimité de l'opération du 12 septembre 1980 ;
- l'attachement aux réformes et aux principes d'Atatürk ;
- le nationalisme d'Atatürk ;
- la résolution de s'élever au niveau de la civilisation contemporaine ;
- la suprématie absolue de la volonté nationale ;
- le principe de la séparation des pouvoirs ;
- le laïcisme ;
- la justice sociale et l'égalité¹⁵.

13. La traduction établie par la Direction générale turque de la presse, *op. cit.*, p.3-5.

14. Par exemple Soysal, *op. cit.*, p.172 ; Özbudun, *op. cit.*, p.59-60 ; Onar, *op. cit.*, p.16.

15. Özbudun, *op. cit.*, p.59-60.

Par contre le professeur Soysal détermine ces principes comme suit :

- la légitimité de la Constitution ;
- l'attachement au atatürkisme ;
- la protection de l'existence nationale ;
- les droits naturels ;
- la supériorité de la volonté nationale ;
- le laïcisme ;
- la fidélité à la Constitution¹⁶.

Erdal Onar dresse la liste suivante :

- la légitimité de la Constitution ;
- l'atatürkisme ;
- la souveraineté nationale ;
- la protection de l'identité nationale ;
- le laïcisme ;
- l'égalité ;
- la justice sociale ;
- la séparation des pouvoirs¹⁷.

Comme le remarque Erdal Onar lui-même, si l'on prend en considération l'étendue de la signification de ces notions, il n'existerait pas grande différence entre l'interdiction de réviser l'ensemble du texte du préambule et celle de réviser les principes fondamentaux exprimés dans le préambule¹⁸.

Enfin selon l'article 4, « les dispositions de l'article 3 ne peuvent pas être révisées ». L'article 3 est ainsi rédigé :

Article 3.– L'Etat turc forme avec son territoire et sa nation une entité indivisible.
Sa langue est le turc.
Son emblème, dont la forme est définie par la loi, est un drapeau de couleur rouge sur lequel il y a une étoile et un croissant blancs.
Son hymne nationale est la « Marche de l'indépendance ».
Sa capitale est Ankara¹⁹.

Ainsi les principes suivants sont intangibles :

- l'indivisibilité de l'Etat turc du point de vue de son territoire et de sa nation ;
- la langue officielle (le turc) ;
- le drapeau ;
- l'hymne national ;
- la capitale.

Comme on le voit, les limites matérielles à la révision constitutionnelle dans la Constitution turque de 1982 sont extrêmement nombreuses. On compte en effet quinze limites dans les articles 1, 2 et 3. D'ailleurs, en vertu de la référence au

16. Soysal, *op. cit.*, p.172-175.

17. Onar, *op. cit.*, p.16.

18. *Ibid.*

19. La traduction établie par la Direction générale turque de la presse, *op. cit.*, p.6.

préambule par l'article 2, les principes fondamentaux exprimés dans le préambule sont eux aussi intangibles. Mais comme on vient de l'expliquer, il est difficile de donner une liste exacte de ces principes fondamentaux. Pourtant comme le montrent trois listes dressées par trois auteurs différents, que nous avons citées plus haut, on peut énumérer huit principes au moins comme étant des principes fondamentaux exprimés dans le préambule. Ainsi nous obtenons au moins vingt-quatre limites matérielles inscrites dans le texte de la Constitution turque de 1982²⁰.

Comme nous avons déterminé l'étendue de l'interdiction de réviser le forme républicaine du gouvernement prévue par l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française, il faudrait aussi déterminer ici le contenu de ces principes intangibles énumérés dans les articles 1, 2 et 3 de la Constitution turque de 1982. Et si on se souvient que même la définition de la « république » a nécessité un long développement, on peut affirmer qu'il faudra un long travail pour déterminer le contenu de ces principes; car d'une part, ils sont très nombreux (au moins vingt-quatre), et d'autre part, certains d'entre eux (le laïcisme, le nationalisme d'Atatürk, la justice sociale) sont difficiles à cerner. C'est pourquoi, nous ne sommes pas tentés ici de faire un tel travail. Signalons simplement que la définition de ces principes peut poser de grands problèmes, si la Cour constitutionnelle turque se déclare compétente pour contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces principes intangibles, comme elle l'a fait sous la Constitution de 1961. D'ailleurs, dans la deuxième partie, lorsque nous examinerons la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, nous verrons la définition de quelques uns de ces principes, comme celui d'Etat de droit²¹.

§ 2. LES LIMITES TEMPORELLES

Comme on vient de le dire, dans la Constitution turque de 1982, il y a au moins vingt-quatre limites matérielles à la révision constitutionnelle. Par contre la Constitution de 1982 ne prévoit aucune limite de temps à sa révision. Il en était de même pour les anciennes Constitutions turques.

§ 3. LES CONDITIONS DE FORME EXIGEES DANS LA PROCEDURE DE REVISION CONSTITUTIONNELLE

La procédure de révision constitutionnelle est déterminée par l'article 175 de la Constitution de 1982.

Article 175.– La révision de la Constitution peut être proposée par un tiers au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie, et ce par écrit. Les propositions concernant la révision de la Constitution sont délibérées deux fois dans l'Assemblée plénière. La proposition de révision ne peut être adoptée que par le

20. Rappelons que l'article 288 de la Constitution portugaise de 1976 prévoit au moins dix-huit limites matérielles dans quatorze alinéas. Ce chapitre, Section 1, § 1.

21. Voir *infra*, Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

vote secret de la majorité des trois cinquièmes du nombre total des membres de l'Assemblée.

En dehors des conditions énoncées dans cet article, la délibération et l'adoption des propositions concernant la révision de la Constitution se déroulent conformément aux dispositions qui régissent la délibération et l'adoption des lois.

Le président de la République peut renvoyer les lois de révision de la Constitution à la Grande Assemblée nationale de Turquie en vue d'une nouvelle délibération. Si l'Assemblée adopte la même loi renvoyée à la majorité des deux tiers du nombre totale de ses membres, le président de la République peut soumettre cette loi à référendum.

Si la loi concernant la révision de la Constitution qui est adoptée par la majorité des trois cinquièmes ou le moins des deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée n'est pas renvoyée à l'Assemblée par le président de la République, elle est publiée au Journal officiel en vue de sa soumission à référendum.

Le président de la République peut soumettre à référendum la loi concernant la révision de la Constitution, ou les articles qu'il juge nécessaire de cette loi, qui est adoptée directement ou sur le renvoi du président de la République à la majorité des deux tiers. La loi ou les articles de la loi qui ne sont pas soumis à référendum sont publiés au Journal officiel.

Pour la mise en vigueur des lois de révision constitutionnelle, la majorité absolue des voix valablement exprimés dans le référendum doit être le vote d'acceptation.

Lors de l'adoption des lois de révision constitutionnelle, au cas où cette loi sera soumise à référendum, la Grande Assemblée nationale de Turquie détermine les dispositions qui seront votées ensemble et celles qui seront votées séparément parmi les dispositions révisées de la Constitution²².

On peut distinguer les phases suivantes dans la procédure de révision constitutionnelle.

A. LA PROPOSITION

Selon l'alinéa 1 de l'article 175, « la révision de la Constitution peut être proposée par un tiers au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie ». Ainsi la Constitution de 1982, conformément à la tradition établie par la première Constitution républicaine de 1924 et suivie par celle de 1961, accorde le pouvoir de proposer la révision de la Constitution exclusivement aux parlementaires ; le gouvernement n'a pas de pouvoir d'initiative en matière de révision constitutionnelle.

D'ailleurs la proposition de révision de la Constitution est soumise à des conditions particulières. Elle doit être signée par un tiers au moins du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. Comme la forme, elle doit être écrite (art.175, al.1).

22. La nouvelle version de l'article 175 adoptée par la loi constitution n° 3361 du 17 mai 1987 (Ma traduction).

B. LA DELIBERATION

Selon l'alinéa 2 de l'article 175 de la Constitution, « en dehors des conditions énoncées dans cet article, la délibération... des propositions concernant la révision de la Constitution se déroulent conformément aux dispositions qui régissent la délibération et l'adoption des lois ». Pourtant la Constitution prévoit une condition de forme pour la délibération : « les propositions concernant la révision de la Constitution sont délibérées deux fois dans l'Assemblée plénière » (art.175, al.1). D'autre part, le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale prévoit quarante-huit heures au moins entre les deux délibérations successives, dans le but d'éviter des révisions trop brusques²³.

C. L'ADOPTION

L'article 175 de la Constitution de 1982, avant sa révision en 1987, comme les Constitutions de 1924 et de 1961, prévoyait l'adoption des lois de révision constitutionnelle par une majorité des deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. La loi n° 3361 du 17 mai 1987 a prévu une procédure d'adoption assez complexe.

Tout d'abord notons que la première nouveauté de cette loi est qu'elle exige le *vote secret* pour l'adoption de la proposition de révision.

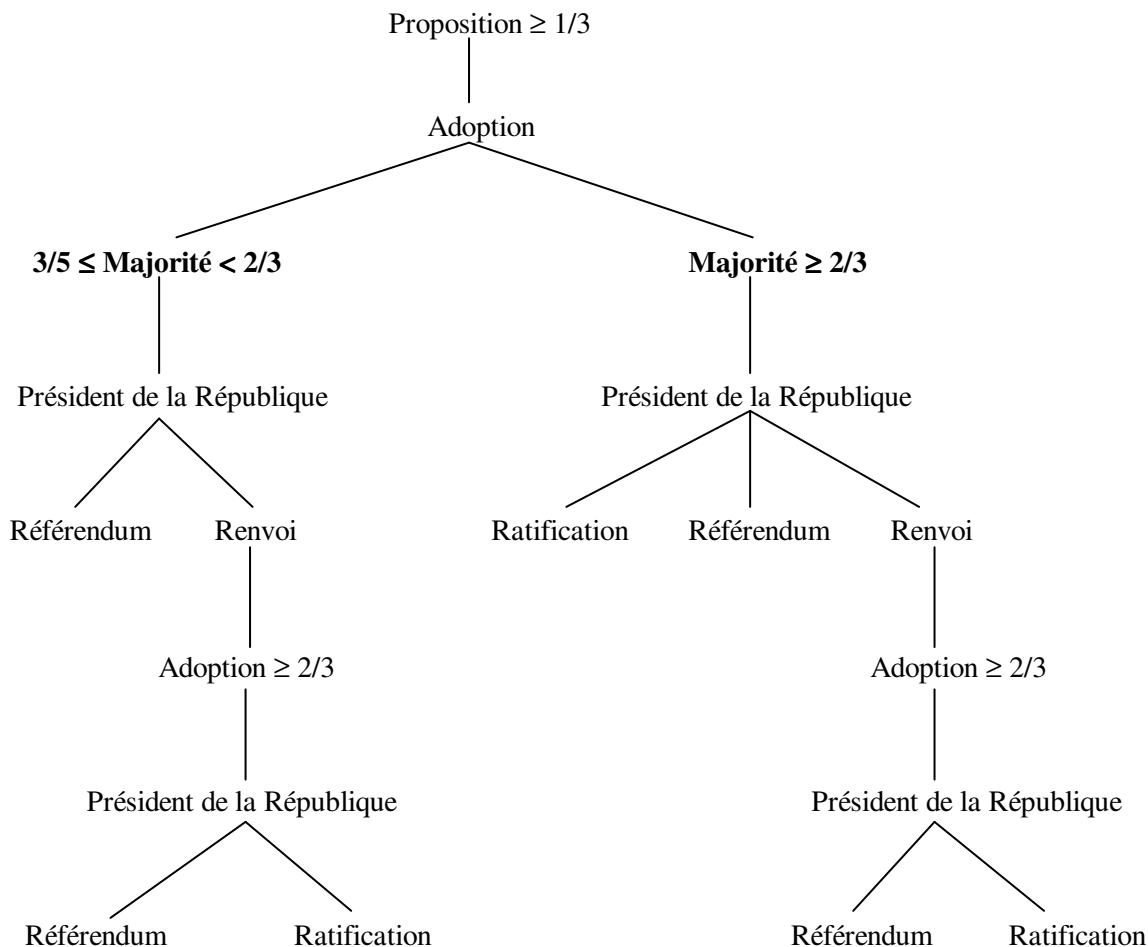
Deuxièmement cette loi prévoit, non pas une seule majorité, mais deux majorités alternatives pour l'adoption de la proposition : les trois cinquièmes (art.175, al.1), ou les deux tiers (art.175, al.3) du nombre total des membres de l'Assemblée nationale.

D. LA RATIFICATION

La Constitution partage le droit de ratification entre le président de la République et le peuple. Les voies de la ratification changent selon que la proposition de révision constitutionnelle est adoptée par une majorité des trois cinquièmes ou par une majorité des deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale.

Présenté sous la forme d'un schéma, la procédure de ratification est la suivante :

23. Özbudun, *op. cit.*, 3^e éd., p.125.



I. Si la proposition de la révision constitutionnelle est adoptée par une majorité des *trois cinquièmes ou plus mais moins des deux tiers* du nombre total des membres de l'Assemblée nationale, le président de la République *peut* renvoyer cette loi à l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération.

A. Si le président de la République *ne renvoie pas la loi à l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération*, la loi est soumise obligatoirement à *référendum*. En d'autres termes, la Constitution ne donne pas au président de la République le pouvoir de ratifier une loi constitutionnelle adoptée seulement par une majorité des trois cinquièmes ou plus mais moins des deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. Au cas où le président de la République ne demande pas une nouvelle délibération, le référendum est obligatoire.

B. Si le président de la République *renvoie* cette loi à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération, l'Assemblée nationale ne peut adopter la même loi qu'à la majorité des deux tiers de ses membres.

1. Si la loi renvoyée *n'est pas adoptée* en seconde délibération dans sa version initiale par une majorité des *deux tiers* du nombre total des membres de l'Assemblée nationale, elle est censée être rejetée. Comme on le voit, le renvoi de la loi par le président de la République à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération peut être analysé comme un *droit de veto* accordé au président de la République en matière de révision constitutionnelle. De plus, il y a ici non seulement un droit de veto suspensif, mais encore un vrai droit de veto présidentiel. En d'autres termes, le président de la République peut, non seulement *retarder*, mais aussi *empêcher* la promulgation de la loi constitutionnelle en demandant à l'Assemblée nationale de procéder à une nouvelle délibération. Car dans ce cas, l'Assemblée nationale ne peut lever le veto du président de la République qu'en adoptant la même loi par une majorité plus élevée, c'est-à-dire par les deux tiers de ses membres. Par conséquent, le veto présidentiel rend plus difficile l'adoption de la loi constitutionnelle. Ainsi, s'il n'existe pas de majorité des deux tiers à l'Assemblée nationale en faveur de la proposition de la révision constitutionnelle, le président de la République peut empêcher la révision constitutionnelle par son veto.

2. Si la loi renvoyée *est adoptée* à l'Assemblée nationale en seconde délibération dans sa version initiale par une majorité des *deux tiers* du nombre total de ses membres, le président de la République a le choix entre la ratification et le référendum : il peut ratifier la loi constitutionnelle ou la soumettre à référendum.

a. Dans le premier cas, le président de la République *promulgue* la loi constitutionnelle dans un délai de quinze jours maximum à partir de la transmission de la loi à la présidence de la République (art.89, al.1 en vertu de l'article 175, al.2)²⁴.

b. Dans le second cas, il y a *référendum à l'initiative du président de la République*.

Selon l'alinéa 5 de l'article 175, le président de la République n'est pas obligé de ratifier ou de soumettre au référendum la loi de révision constitutionnelle en bloc. Il peut ratifier certains articles de la loi et soumettre les autres articles à référendum. La loi ou les articles de la loi qui ne sont pas soumis à référendum sont publiés au Journal officiel.

II. Si la proposition de révision constitutionnelle est adoptée par une *majorité des deux tiers* au moins du nombre total des membres de l'Assemblée nationale, le président de la République a le choix entre la *ratification*, le *renvoi* et le *référendum* : il peut ratifier la loi, la soumettre à référendum ou la renvoyer à l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération.

A. Le président de la République peut *ratifier* la loi de révision constitutionnelle. Dans ce cas, la loi est publiée au Journal officiel et entre en vigueur.

B. Le président de la République peut également soumettre la loi de révision constitutionnelle à *référendum*. Il s'agit d'un référendum facultatif. Il dépend de l'initiative du président de la République.

24. Onar, *op. cit.*, p.129.

C. Le président de la République peut enfin *renvoyer* la loi de révision constitutionnelle à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération. Dans ce cas, l'Assemblée nationale peut adopter la même loi par la même majorité, c'est-à-dire les deux tiers du nombre total de ses membres. Comme on le voit, dans cette hypothèse la demande d'une nouvelle délibération du président de la République s'analyse comme un droit de *veto suspensif* accordé au président de la République en matière de révision constitutionnelle. Le président de la République peut *retarder*, mais non pas *empêcher* l'adoption de la loi de révision constitutionnelle. Car pour l'adoption de la loi de révision constitutionnelle en seconde délibération, la Constitution n'exige pas une majorité plus élevée que celle de la première délibération. L'Assemblée nationale peut adopter la même loi constitutionnelle à nouveau par *la même majorité*, c'est-à-dire par les deux tiers de ses membres.

Ainsi si l'Assemblée nationale adopte la même loi constitutionnelle à nouveau *par la même majorité*, c'est-à-dire par les deux tiers de ses membres, le président de la République a encore le choix entre la ratification et le référendum.

1. Le président de la République peut *ratifier* la loi de révision constitutionnelle. Dans ce cas, il promulgue la loi constitutionnelle dans un délai de quinze jours maximum à partir de la transmission de la loi à la présidence de la République (art.89, al.1 en vertu de l'article 175, al.2). La loi est publiée au Journal officiel et entre en vigueur.

2. Le président de la République peut également soumettre la loi de révision constitutionnelle à *référendum*. Il s'agit d'un référendum facultatif. Il dépend de l'initiative du président de la République.

Comme on le voit, on recourt à référendum dans trois cas : le premier est obligatoire, les deux derniers sont facultatifs.

Si la loi de révision constitutionnelle est adoptée par une *majorité des trois cinquièmes ou plus mais moins des deux tiers* à l'Assemblée nationale et si le président de la République *ne la renvoie pas* à l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération, il doit la soumettre à référendum. Il n'a pas de droit de la ratifier. Il s'agit donc d'un *référendum obligatoire*. Deuxièmement, si le président de la République *la renvoie* à l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération et si l'Assemblée nationale adopte la même loi en seconde délibération par la majorité des deux tiers, le président de la République a le choix entre la ratification et le référendum : il peut ratifier la loi ou bien il peut la soumettre à référendum. Il s'agit donc d'un *référendum facultatif*.

Troisièmement si la loi de révision constitutionnelle est adoptée directement par *la majorité des deux tiers* du nombre total des membres de l'Assemblée nationale, le président de la République a le choix également entre la ratification et le référendum : il peut ratifier la loi ou bien la soumettre à référendum. Dans ce cas aussi il s'agit d'un *référendum facultatif*.

Il faut signaler que selon l'alinéa 5 de l'article 175, si la loi de révision constitutionnelle est adoptée, soit directement, soit sur le renvoi du président de la

République, par la majorité des deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale, le président de la République n'est pas obligé de la ratifier ou de la soumettre à référendum en bloc. Il peut ratifier certains articles de la loi constitutionnelle et soumettre les autres à référendum. Dans ce cas, les articles qui ne sont pas soumis à référendum sont ratifiés par le président de la République et publiés au Journal officiel, et ils entrent ainsi en vigueur.

D'ailleurs selon l'alinéa 7 de l'article 175, « lors de l'adoption des lois de révision constitutionnelle, au cas où cette loi sera soumise à référendum, la Grande Assemblée nationale de Turquie détermine les dispositions qui seront votées ensembles et celles qui seront votées séparément parmi les dispositions révisées de la Constitution ». Par conséquent dans le cas où l'Assemblée nationale décide que les dispositions de la loi de révision constitutionnelle seront votées séparément, il est possible qu'à la suite du référendum, certaines dispositions de la loi de révision constitutionnelle soient approuvées et que d'autres soient rejetées. Ainsi la Constitution donne aux électeurs la possibilité d'approuver seulement les dispositions qu'ils apprécient et de rejeter les dispositions qui ne leur plaisent pas²⁵. Il est évident que si le président de la République soumet seulement certaines dispositions de la loi de révision constitutionnelle à référendum, la décision de l'Assemblée nationale n'est valable que pour les dispositions soumises à référendum.

Enfin il convient de préciser brièvement la *procédure du référendum*.

Le président de la République doit d'abord effectuer son choix entre la ratification²⁶, le renvoi et le référendum *dans un délai de quinze jours maximum* à partir de la transmission de la loi à la présidence de la République (art.89, al.1 en vertu de l'article 175, al.2). Ainsi contrairement au président de la République française, le président de la République turque n'a pas de possibilité de suspendre la procédure de révision constitutionnelle. Si le président de la République décide de soumettre à référendum la loi de révision constitutionnelle, il la publie au Journal officiel dans le même délai de limite.

Selon l'article 2 de la loi du 23 mai 1987, « le référendum sur la révision constitutionnelle a lieu le premier dimanche qui suit le 120^e jour après la publication de la loi concernant la révision constitutionnelle »²⁷.

Avec la loi constitutionnelle n° 3361 du 17 mai 1987, la participation à référendum est devenue obligatoire. En effet le dernier alinéa de l'article 175²⁸, « la loi prend toutes les mesures nécessaires, y compris les amendes, pour assurer la participation au référendum... »²⁹.

25. Onar, *op. cit.*, p.124.

26. Rappelons toutefois que le président de la République ne peut ratifier une loi constitutionnelle que si la majorité des deux tiers est acquise.

27. La loi n° 3376 du 23 mai 1987 (La loi sur le référendum constitutionnelle).

28. Ajouté par la loi n° 3361 du 17 mai 1987.

29. Signalons que selon l'article 67 de la Constitution, « les citoyens ont le *droit*... de participer aux référendums ». Autrement dit, l'article 67 a réglementé la participation aux référendums comme un « droit ». Par conséquent le dernier alinéa de l'article 175 est en contradiction avec

Selon l'article 79 de la Constitution, le référendum se déroule sous l'administration et le contrôle du Conseil électoral supérieur³⁰.

Les résultats du référendum sont proclamés par le Conseil électoral supérieur (art.79). Pour entrer en vigueur, la loi de révision constitutionnelle soumise à référendum doit réunir en sa faveur la majorité absolue des votes valablement exprimés (art.175, al.6). Ainsi quelque soit le taux de participation à référendum, si le nombre des votes « oui » dépasse celui des « non », la loi de révision constitutionnelle est censée être approuver.

Jusqu'à maintenant il y a eu deux applications du référendum en matière de révision constitutionnelle. Dans le premier, qui a été organisé le 6 septembre 1987, la loi concernant la révision de l'article transitoire 4 de la Constitution a été approuvée par 50,16 % des votes exprimés (taux de participation : 93,58 %)³¹; par contre dans le second référendum, qui a été organisé le 25 septembre 1988, la loi concernant la révision de l'article 127 de la Constitution a été rejetée par 65 % des votes exprimés (taux de participation : 88,82 %)³².

l'article 67. On peut résoudre cette contradiction par la règle *lex posterior derogat priori* et par *lex specialis derogat generali* en faveur du dernier alinéa de l'article 175. Cette disposition est vivement critiquée par la doctrine. Voir par exemple, Soysal, *op. cit.*, p.277, Onar, *op. cit.*, p.119-124 ; Erdogan Teziç, *Anayasa Hukuku* [Droit constitutionnel], Istanbul, Beta, 1991, p.249.

30. Le Conseil électoral supérieur (*Yüksek Seçim Kurulu*) « se compose de sept membres titulaires et de quatre membres suppléantes. Six d'entre eux sont élus par l'Assemblée générale de la Cour de Cassation et cinq par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat parmi leurs propres membres... » (art. 79).

31. Pour les résultats officiels, voir *Resmi Gazete* [Journal officiel], n° 19572 du 12 septembre 1987.

32. Pour les résultats officiels, voir *Resmi Gazete* [Journal officiel], n° 19946 du 1 octobre 1988.

Chapitre 2

LA QUESTION DE LA VALEUR JURIDIQUE DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE INSCRITES DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS

Après avoir vu dans le chapitre précédent l'inventaire des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels, dans ce chapitre, nous nous poserons la question de la valeur juridique de ces limites. Nous verrons d'abord les données du débat doctrinal classique sur cette question (*Section 1*). Ensuite nous essayerons de faire une appréciation générale de la question (*Section 2*).

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 1

LES DONNEES DU DEBAT DOCTRINAL CLASSIQUE

Le débat doctrinal classique sur la question de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels s'articule essentiellement au tour de deux thèses contradictoires. Selon la première thèse, ces limites sont privées de toute valeur juridique, alors que selon la deuxième, elles ont la valeur juridique. Nous verrons d'abord ces deux thèses contradictoires (*Sous-section 1*). Ensuite nous examinerons les deux questions suivantes qui occupent une place particulière dans ce débat : celle de savoir si le pouvoir de révision peut surmonter des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels par les révisions successives et celle de savoir si ces limites sont sanctionnées en cas de leur transgression (*Sous-section 2*).

[Page laissée intentionnellement vide]

Sous-section 1

LES DEUX THESES CLASSIQUES

A propos de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels, dans la doctrine classique du droit constitutionnel, on a soutenu en général deux thèses contradictoires. Selon la première thèse, ces limites sont privées de toute valeur juridique, par conséquent elles ne lient pas le pouvoir de révision constitutionnelle. Par contre selon la deuxième, ces limites ont la valeur juridique et par conséquent elles s'imposent à l'exercice de ce pouvoir.

§ 1. LA THESE SELON LAQUELLE LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE SONT PRIVEES DE TOUTE VALEUR JURIDIQUE

Nous verrons d'abord l'exposé, ensuite, la critique de cette thèse.

A. EXPOSE

Selon cette thèse qui est d'ailleurs, très répandue dans la doctrine¹, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel sont privées de toute valeur juridique. En d'autres termes, dans cette thèse, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle ne sont pas perçues comme des normes juridiques pleinement obligatoires, mais comme des

1. Joseph Barthélemy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933 (Réimpression : Economica, 1985), p.231 ; Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 2^e édition, 1947, p.289 ; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.117 ; Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles*, *op. cit.*, p.3-4 ; Georges Liet-Veaux, *Droit constitutionnel*, Paris, Editions Rousseau, 1949, p.163 ; Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Hamon et Troper *op. cit.*, p.81 ; Debbasch et alii, *op. cit.*, p.93 ; Gicquel, *op. cit.*, p.180.

« idées », ou des « souhaits politiques » sans force juridique². Bref elles ne sont que des « barrières de papier »³. Par conséquent, elles ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

I. Avant de voir les arguments sur lesquels cette thèse s'étaye, il convient de remarquer que cette thèse qui nie la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle résulte en effet de la thèse de la *permanence exclusive* du pouvoir constituant originaire. Comme nous l'avons vu plus haut⁴, les défenseurs de cette thèse nient l'existence même d'un pouvoir de révision constitutionnelle. Selon eux, chaque fois que l'on a besoin de réviser la constitution, c'est toujours le même pouvoir originaire qui apparaît. Ainsi, les auteurs qui n'acceptent pas l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire n'acceptent pas non plus la valeur juridique des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à l'exercice de ce pouvoir. En effet, pour eux, ce problème ne se pose même pas, parce qu'il n'existe pas de pouvoir de révision constitutionnelle à limiter.

C'est pourquoi, les arguments invoqués en faveur de la thèse de la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire, autrement dit, celle de la négation de l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle, peuvent aussi être avancés en faveur de la thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique. Nous avons vu ces arguments dans le titre préliminaire⁵. C'est pourquoi nous ne n'y revenons pas.

II. Maintenant, voyons *les autres arguments* sur lesquels s'étaye la thèse niant la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle⁶.

1. L'argument le plus habituel invoqué en faveur de cette thèse consiste à dire qu'*une génération ne peut lier les générations futures*⁷. Les auteurs de la constitution initiale ne peuvent imposer leurs vues aux générations suivantes. Les défen-

2. Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.231 ; Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p.289.

3. Liet-Veaux, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p.163. L'expression « barrière de papier » est reprise récemment par François Luchaire (L'Union européenne et la Constitution », *Revue du droit public*, 1992, p.1591).

4. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

5. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

6. Notons que ces arguments ont été développés en France à l'occasion des dispositions d'abord du paragraphe 3 de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (ajouté par la loi constitutionnelle du 14 août 1884) (« la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition »), ensuite des article 94 (« Au cas d'occupation de tout ou partie du territoire métropolitain par des forces étrangères aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie ») et 95 (« la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision ») de la Constitution de 1946 et enfin de l'article 7 *in fine* (« il ne peut faire l'application... de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la Présidence de la République... »), des alinéas 4 (« Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ») et 5 (« la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ») de l'article 89 de la Constitution de 1958.

7. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p.288.

seurs de cette idée s'inspirent en effet essentiellement de la théorie de Thomas Jefferson, selon laquelle

« chaque génération est indépendante de celle à laquelle elle succède, comme celle-là même l'était de la génération qui l'a précédée. Elle a, comme l'une et l'autre, le droit de se choisir la forme de gouvernement, qu'elle juge le plus favorable à son bonheur, et par conséquent, d'accommoder aux circonstances dans lesquelles elle se trouve placée, les institutions qu'elle a reçues de ses pères »⁸.

Ainsi, pour Jefferson, « les morts n'ont pas de droits. Ils ne sont rien ». En faveur de cette idée, il est également coutume de citer l'article 28 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793⁹. Selon cet article,

« un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de réviser sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ».

2. Le deuxième argument consiste à dire que les constitutions sont préparées dans les conditions politiques, sociales à un moment donné. Ces conditions changent toujours conformément à l'évolution sociale. Par conséquent *les constitutions aussi doivent s'adapter à ces conditions changées*¹⁰.

3. Selon un troisième argument, la valeur de ces limites dépend en effet des circonstances de force. Si les tendances de changement dans la société augmentent, de toute façon, ces limites seront supprimées un jour. Car *les révolutions sont inévitables*¹¹. Les dispositions intangibles de la constitution ne sauraient empêcher une révolution¹². *Si ces dispositions ne sont pas révisables par les moyens réguliers, elles seront révisées par les voies révolutionnaires*¹³. Par conséquent, pour de ne pas préparer le terrain aux révolutions, et pour que le système ne soit pas complètement bloqué, la constitution doit être révisable dans toutes ses parties¹⁴.

4. Ensuite, selon les défenseurs de cette thèse, *le pouvoir constituant d'aujourd'hui ne peut lier le pouvoir constituant de l'avenir*¹⁵. « Le pouvoir constituant qui s'exerce à un moment donné n'est pas *supérieur* au pouvoir constituant qui s'exercera dans l'avenir et ne prétendre le restreindre »¹⁶. D'ailleurs selon Georges Vedel « le pouvoir constituant étant le pouvoir suprême de l'Etat ne peut être lié

8. Lettre à Samuel de Kerchival du 12 juillet 1816, *Mélanges politiques et littéraires, extraites de mémoires et de la correspondance de Thomas Jefferson*, Paris, 1883, t.II, p.287, cité par Arnoult, *op. cit.*, p.7. A ce propos voir également Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.410 ; Rigaux, *op. cit.*, p.249.

9. Voir par exemple, Rigaux, *op. cit.*, p.235.

10. Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, *op. cit.*, p.56 ; Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.288 ; Rigaux, *op. cit.*, p.237.

11. Héraud, *L'ordre juridique...*, *op. cit.*, p.234.

12. Rigaux, *op. cit.*, p.239.

13. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.288.

14. D'ailleurs, il faut noter que la révolution se définit par la violation des dispositions relatives à la révision de la constitution en vigueur (Voir Georges Liet-Veaux, *La continuité de droit interne : essai d'une théorie juridique des révolutions*, (Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit de Rennes) Paris, Sirey, 1942, p.64, 103, 400.

15. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.117.

16. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.289.

même par lui-même »¹⁷. « Le constituant originaire ne dispose pas de pouvoir de lier le titulaire du pouvoir de révision »¹⁸.

5. Un autre argument qui est souvent invoqué pour condamner la valeur juridique de ces limites, c'est l'illégitimité de mettre des entraves à l'exercice de la souveraineté du peuple¹⁹. D'après les défenseurs de cet argument, *les limites à la révision constitutionnelle sont inconciliables avec le principe de la souveraineté nationale*. Par exemple, selon Julien Laferrière, « s'interdire de modifier sa Constitution serait de la part de la nation, renoncer à l'élément essentiel de sa souveraineté »²⁰. Il invoque cet argument surtout pour les interdictions de réviser la constitution pendant un certain délai. Ainsi selon Julien Laferrière,

« théoriquement, il est douteux qu'une constitution puisse exclure, même pour un certain délai, la possibilité de sa révision, ce qui revient à supprimer chez la nation, pendant cette période l'exercice du pouvoir constituant »²¹.

Cet argument a été réaffirmé récemment par Georges Vedel : « Le souverain ne peut se lier lui-même. En vertu de sa souveraineté, il peut changer à tout moment la norme qui interdit de changer »²².

6. Encore, selon Julien Laferrière « juridiquement *la constitution est une loi ; or, de par sa nature, la loi est un acte perpétuellement modifiable* »²³. D'après lui « le système des constitutions rigides doit comporter la possibilité d'entreprendre à tout moment... la révision dont l'opinion publique éprouve la nécessité »²⁴. D'ailleurs, comme le remarque Marie-Françoise Rigaux, « le droit lui-même est conçu comme un ensemble de règles susceptibles de changer : elles peuvent être abrogées, modifiées, elles peuvent être suspendues d'application, faire l'objet de régimes transitoires »²⁵. D'autre part, dans le même ligne, le principe de logique juridique « non-contradiction » a été invoqué par Paolo Biscaretti Di Ruffia, en faveur de cette thèse. Selon ce principe « la norme postérieure dans le temps pourrait toujours modifier ou abroger la norme antérieure d'égale efficacité »²⁶.

7. L'un des premiers auteurs qui défendent cette thèse, c'est W. Burckhardt. Il soutient que la révision constitutionnelle ne peut être liée à aucune règle impérative préétablie. Ainsi les dispositions relatives à la révision de la constitution *n'ont point la valeur de règles de droit véritables*²⁷. Selon W. Burckhardt, la constitution

17. Vedel, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p.117.

18. Rigaux, *op. cit.*, p.233.

19. *Ibid.*, p.235.

20. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p.288.

21. *Ibid.*, p.291. A ce propos Gicquel parle d'« image de la souveraineté » (Gicquel, *op. cit.*, p.180).

22. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.90.

23. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p.288.

24. *Ibid.*, p. 291.

25. Rigaux, *op. cit.*, p.237.

26. Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, *op. cit.*, p.56.

27. W. Burckhardt, *Kommentar des Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Bern, 1905, p.7 et s. cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.524, note 17.

originaires est un *res facti* et son autorité est purement factuelle, par conséquent les révisions constitutionnelles ultérieures ne peuvent pas davantage être subordonnées à une règle de droit proprement dite et demeurent nécessairement *res facti, non juris*²⁸.

Argument essentiel de W. Burckhardt, invoqué pour démontrer le caractère extra-juridique des révisions constitutionnelles, est le suivant :

« les fondateurs d'une Constitution quelconque n'ont point qualité pour en régler les révisions futures : il leur faudrait, à cet effet, un pouvoir qu'ils ne sauraient se conférer à eux-mêmes »²⁹.

Ainsi W. Burckhardt déclare que

« les prescriptions que renferme une Constitution touchant sa révision éventuelle, pré-supposeraient, pour être juridiquement obligatoires, l'existence d'un statut supérieur, qui ait attribué à l'autorité de qui elles émanent, le pouvoir de régler l'exercice futur de la puissance constituante elle-même : or, il n'existe, en dehors et au-dessus de la Constitution à réviser aucun statut suprême, qui ait pu déférer à qui que ce soit ce pouvoir super-constituant »³⁰.

Notons qu'en faveur de cette thèse, deux arguments ont été encore avancés : celui selon lequel le pouvoir de révision constitutionnelle a la possibilité de surmonter ces limites par les révisions successives et celui qui soutient l'absence de sanction en cas de leur transgression. Nous allons étudier en détail ces deux arguments plus bas³¹. Car, à notre avis, ces deux arguments posent des questions particulières et par conséquent méritent d'être examinés d'une façon plus approfondie.

B. CRITIQUE

I. Nous avons déjà noté que cette thèse qui nie la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle résulte en effet de la thèse de la *permanence exclusive* du pouvoir constituant originaire. Comme on l'a vu dans le titre préliminaire³², les défenseurs de cette thèse n'acceptent pas l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire. Selon eux, chaque fois que l'on a besoin de réviser la constitution c'est toujours le même pouvoir originaire qui apparaît. Quand on leur montre que les constitutions, en réglant leur révision, créent un pouvoir de révision constitutionnelle et qu'ainsi elles prévoient des limites à son exercice, cette fois-ci, les partisans de cette thèse restent obligés, d'une certaine façon, de nier la valeur juridique des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle. Ainsi, *le rejet de la valeur*

28. *Ibid.* (cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op.cit.*, t.II, p.523). Voir également Rigaux, *op. cit.*, p.36.

29. *Ibid.* (cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op.cit.*, t.II, p.523).

30. *Ibid.* (cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.523 et Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision...*, *op. cit.*, p.13-14).

31. Cette section, Sous-section 2, § 1 et § 2.

32. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 1, § 1.

juridique de ces limites résulte en effet d'une certaine attitude doctrinale qui consiste à refuser l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, l'attitude des partisans de cette thèse est édictée par leur conception niant l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle. Pour eux, logiquement, il y a une grande difficulté logique à accepter la valeur juridique des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

En d'autres termes, quand la thèse qui nie l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle est démentie par le droit positif, les partisans de cette thèse, au lieu de corriger leur point de vue, ont choisi de nier la valeur juridique des dispositions de la constitution qui réfutent leur thèse. Il est évident que lorsqu'une thèse doctrinale n'est pas confirmée par le droit positif, ce qui doit être révisée, c'est la thèse doctrinale, non pas le droit positif.

Par contre après avoir accepté l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire, il n'y a pas aucune difficulté logique à accepter la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, ainsi que la valeur juridique des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à son exercice.

II. Maintenant nous pouvons passer à critiquer les arguments invoqués en faveur de cette thèse ci-dessus. Mais avant de cela, il convient d'abord de déterminer la *portée* et le *destinataire* de ces interdictions.

D'abord, notons que les interdictions de réviser la constitution constituent une immutabilité *partielle* de la constitution, non pas une immutabilité *totale* de la constitution. A vrai dire, aucune constitution n'interdit à tout jamais et sur tous les points de sa révision³³. Les constitutions interdisent leur révision seulement pendant un certain délai ou sur tel ou tel point.

Deuxièmement, *ces interdictions sont adressées au pouvoir de révision constitutionnelle, non pas au pouvoir constituant originaire.* C'est-à-dire qu'ici il y a la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, non pas du pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, ces interdictions visent les révisions faites dans le cadre déterminé par la constitution, non pas celles faites par les révolutions ou les coups d'Etat. Les constitutions interdisent leur révision pendant un certain délai, ou sur tel ou tel point par la mise en oeuvre des procédures fixées par elles-mêmes, non pas par les révolutions. Car, comme on l'a déjà indiqué, les révolutions sont des purs faits, qui ne connaissent pas des restrictions juridiques. C'est pourquoi une constitution ne peut ni prévoir, ni interdire sa révision révolutionnaire. Et dans la pratique aussi, les constitutions en général ne contiennent aucune disposition interdisant leur révision révolutionnaire. C'est-à-dire que les constitutions en général ne nient pas les révolutions³⁴. Les dispositions de la constitution sont

33. Vedel, *Droit constitutionnel*, op. cit., p.117.

34. A notre connaissance, il y a seulement deux constitutions qui nient le phénomène révolutionnaire. Les constitutions mexicaine (1917) et vénézuélienne (1961) stipulent que les interventions de fait n'ont aucun effet sur la validité de la constitution. (La Constitution mexicaine du 31 janvier

adressées aux pouvoirs constitués, y compris au pouvoir de révision constitutionnelle, mais non pas au pouvoir constituant originaire. Ce dernier, étant un pur fait, n'est pas lié par les dispositions de la constitution.

Si l'on prend en considération d'une part que *les limites à la révision constitutionnelle sont partielles* et d'autre part qu'*elles s'adressent au pouvoir de révision constitutionnelle*, non pas au pouvoir constituant originaire, une bonne partie de ces arguments invoqués en faveur de la thèse selon laquelle ces limites sont dénuées de valeur juridique s'effondrent.

1. Ainsi si l'on rend compte que ces limites sont partielles, l'argument selon lequel une génération ne peut lier les générations futures s'atténue. Car, ces limites ne lient que les générations futures sur quelques points, non pas sur l'ensemble de la constitution.

Il est évident qu'une génération ne peut lier complètement les générations futures. Cependant les constitutions ne sont pas des textes qui doivent être faits de génération en génération. Elles sont avant tout des textes de stabilité. C'est pourquoi l'intangibilité de ces quelques dispositions peut être jugée comme raisonnable.

D'ailleurs, il y a des auteurs qui n'acceptent pas cet argument de générations futures. Par exemple selon Pierre Pactet,

« il est souhaitable, au contraire, que les constituants fassent ou partagent entre les quelques questions qui leur paraissent essentielles et *qui ne peuvent pas être remises en cause sans coup de force* et les autres, de beaucoup les plus nombreuses, qui peuvent toujours être modifiées »³⁵.

Il y a aussi des contre-arguments sur le même thème. On peut ainsi parler de la nécessité d'assurer la continuité entre les générations³⁶. D'ailleurs la nation « n'est pas faite uniquement de générations vivantes ; elle regroupe aussi les générations passées et futures »³⁷. Par conséquent les générations passées peuvent laisser quelques traces pour les générations futures.

Enfin, il faut noter que les générations futures ont toujours la possibilité de réviser ces dispositions intangibles de la constitution par les moyens révolutionnaires. Car ce qu'interdisent ces dispositions de la constitution, c'est leur révision selon la procédure prévue par la constitution. En d'autres termes, les générations futures peuvent toujours supprimer les limites à la révision constitutionnelle par la mise en oeuvre de leur pouvoir constituant originaire.

1917, art.136 : « Cette Constitution ne perdra pas sa force et son effet même si son observation est interrompue par la rébellion » (Amos J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 3^e édition, 1970, vol. IV, The Americas, p.1353). La Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1963, art.250 : « Cette Constitution ne perdra pas son effet même si son observation est interrompue par la force ou si elle est abrogée par les moyens autres que ceux prévus par la Constitution elle-même » (Peaslee, *op. cit.*, vol.IV, p.951).

35. Pactet, *op. cit.*, p.78.

36. En ce sens, Rigaux, *op. cit.*, p.236-237.

37. *Ibid.*, p.249.

2. D'autre part, il est vrai que la société évolue et les conditions sociales, politiques dans lesquelles la constitution a été élaborée changent toujours et par conséquent, la constitution doit s'adapter à ces conditions changées. D'abord notons que les dispositions intangibles de la constitution restent toujours exceptionnelles. En dehors de quelques points essentiels, la forte majorité des dispositions constitutionnelles sont toujours susceptibles d'être révisées en fonction de changements sociaux. D'ailleurs, même la partie intangible, comme on l'a déjà expliqué, peut être changée à tout moment par le pouvoir constituant originaire.

Enfin, comme le remarque Marie-Françoise Rigaux, il faut assurer une certaine stabilité et continuité dans la société qui évolue. Il faut sauvegarder de manière absolue certains principes dans la société mouvante³⁸. « La constitution est chargée d'assurer le lien entre la souveraineté politique, les normes sociales et les aspirations existentielles d'une société en mutation constante »³⁹.

3. Quant à l'argument selon lequel ces interdictions sont toujours révisables par les révolutions, nous pouvons dire que c'est une observation tout à fait juste, mais elle ne concerne pas la portée de ces interdictions. Comme on l'a déjà dit, ces interdictions sont adressées au pouvoir de révision constitutionnelle, non pas au pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, elles interdisent la révision des dispositions intangibles par la mise en oeuvre du mode prévu par la constitution. Elles ne concernent nullement la révision de ces dispositions par les modes révolutionnaires.

En d'autres termes comme on va le voir plus loin⁴⁰, l'objectif des dispositions intangibles n'est pas d'interdire les révolutions, mais d'éviter les phénomènes révolutionnaires latents qui, sous l'apparence de légalité, bouleverseraient l'ordre des institutions⁴¹. En d'autres termes, les auteurs de la constitution veulent que ces dispositions ne soient pas remises en cause sans sortir du cadre constitutionnel⁴².

4. Ensuite, l'argument qui soutient que le pouvoir constituant d'aujourd'hui ne peut lier le pouvoir constituant de l'avenir résulte en effet du fait que les défenseurs de cet argument n'acceptent pas l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire. Nous avons vu les idées des ces auteurs dans le titre préliminaire⁴³. C'est pourquoi, nous n'y reviendrons pas ici. Mais simplement notons que si l'on accepte l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire, cet argument ci-dessus s'effondre. Car, dans cette conception, il y a une hiérarchie entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle. Par conséquent, le pouvoir constituant originaire d'aujourd'hui, étant un pouvoir suprême peut lier le pouvoir de révision constitutionnelle de l'avenir, étant un pouvoir inférieur à lui.

38. *Ibid.*, p.237.

39. *Ibid.*, p.250.

40. Voir *infra*, cette section, § 2.

41. Rigaux, *op. cit.*, p.232, 239.

42. *Ibid.*, p.241.

43. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

5. Quant à l'argument de la souveraineté invoqué pour démontrer le *caractère illimité* du pouvoir de révision constitutionnelle, on peut également constater que plusieurs auteurs fondent la *limitation* du pouvoir de révision constitutionnelle sur un même argument. Par exemple, selon le professeur Olivier Beaud, comme on l'a vu⁴⁴, le pouvoir constituant originaire est un pouvoir souverain, tandis que le pouvoir de révision constitutionnelle est un pouvoir non souverain. Ainsi il en déduit le caractère limité du pouvoir de révision⁴⁵. Le président Dmitri Georges Lavroff aussi utilise le même argument. Selon lui,

« la distinction du pouvoir constituant originaire, qui est directement exercé par le souverain, du pouvoir constituant institué, qui est mis en oeuvre par des organes que la constitution a établis et dans les limites des pouvoirs et des conditions de procédure que celle-ci a fixées, *est justifiée par la volonté de faire respecter la volonté du souverain* par les organes qui ont été créés par lui. Ne pas distinguer le pouvoir originaire directement exercé par le souverain des pouvoirs institués qui sont confiés à des organes créés par la constitution, *conduit à nier les pouvoirs du souverain*, en tout cas à les amputer au bénéfice des représentants qui agissent en son nom »⁴⁶.

Comme on le voit, après avoir fait la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle, l'argument selon lequel les dispositions intangibles de la constitution sont inconciliables avec le principe de la souveraineté nationale s'effondre, car *c'est le pouvoir constituant originaire qui est souverain non pas le pouvoir de révision constitutionnelle*. Par conséquent, étant un pouvoir non souverain devant le pouvoir constituant originaire, le pouvoir de révision constitutionnelle peut être limité. Et cette limitation ne serait pas contraire au principe de la souveraineté nationale, au contraire c'est la nécessité tirée de ce principe même.

D'ailleurs, comme le disait Carré de Malberg,

« dans le système de la souveraineté nationale, la nation seule, envisagée dans son ensemble organisé, est souveraine : l'un de ses organes, pris séparément, ne peut pas, pour sa part posséder une puissance illimitée. A cet égard, le principe de souveraineté exclusive de la nation 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 »⁴⁷.

De plus, selon certains auteurs, les règles qui empêcheraient un peuple d'exercer ses prérogatives constitutionnelles en toute liberté peuvent être considérées comme légitimes. Car, comme on l'a déjà noté, la nation n'est pas faite seulement de générations vivantes, mais elle regroupe aussi les générations passées et futures⁴⁸. Les générations passées peuvent laisser quelques traces pour les générations futures, en moyen des dispositions intangibles de la constitution.

44. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 2.

45. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.319 et s. ; *Id.*, « La souveraineté de l'Etat, la pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *op. cit.*, p.1049 ; *Id.*, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.15.

46. Lavroff, *Le droit constitutionnel...* *op. cit.*, p.99-100. C'est nous qui soulignons.

47. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.545-546.

48. Rigaux, *op. cit.*, p.249.

Enfin, selon Marie-Françoise Rigaux, « que le peuple détienne le pouvoir constituant ne signifie nullement que ce soit là l'unique mode d'expression de sa souveraineté. Celle-ci s'exerce dans tous les pouvoirs qu'il institue et selon la diversité des techniques qu'il prévoit »⁴⁹. La souveraineté populaire se manifeste ainsi au sein du pouvoir législatif, au sein du pouvoir exécutif⁵⁰.

Quant à l'argument de l'impossibilité de l'autolimitation du souverain, on peut dire que cet argument s'effondre si l'on prend en considération que les limites à la révision constitutionnelle sont adressées au pouvoir de révision constitutionnelle, non pas au pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, il y a ici la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, non pas de l'autolimitation du pouvoir constituant originaire. Par conséquent le pouvoir constituant originaire, étant un pouvoir souverain, peut prévoir des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle qui est un pouvoir non souverain.

6. Guy Héraud critique l'argument selon lequel « juridiquement la constitution est une loi ; or, de par sa nature la loi est un acte perpétuellement modifiable »⁵¹ en disant que « sans doute la constitution est une loi, Cependant d'un point de vue juridique positif, il n'y a aucune nécessité à concevoir la possibilité de révision constitutionnelle, quand la constitution la prohibe »⁵².

D'autre part, le principe de non-contradiction selon lequel « la norme postérieure dans le temps pourrait toujours modifier ou abroger la norme antérieure » ne peut pas être invoqué en faveur de cette thèse. Car ce principe est valable pour les normes occupant le même rang dans la hiérarchie des normes. En d'autres termes, si la règle antérieure occupe un rang supérieur à celui de la règle postérieure dans la hiérarchie des normes, la règle postérieure ne peut modifier la règle antérieure. Dans notre cas, les règles intangibles sont posées par le pouvoir constituant originaire ; et si l'on admet qu'il y a une hiérarchie entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle, le pouvoir de révision constitutionnelle, étant un pouvoir inférieur à l'autre, ne peut les modifier.

7. Carré de Malberg critique l'argument de Burckhardt qui soutient le caractère extra-juridique de la révision constitutionnelle. Selon Carré de Malberg, la doctrine de Burckhardt méconnaît le point de vue de la science du droit.

« Une théorie juridique de l'Etat ne peut se baser que sur l'hypothèse du maintien de l'ordre régulier en vigueur : dès qu'on suppose que cet ordre pourrait, à un moment donné, perdre son efficacité, il ne reste plus place pour aucune construction de droit public ; car au cas où les règles de la Constitution viendraient à être mises de côté, on entrerait purement et simplement dans le domaine du hasard et de l'arbitraire. S'il fallait, comme le propose Burckhardt pour la révision, refuser le caractère de règles de droit à toutes celles des prescriptions constitutionnelles qui courent le risque d'être un jour foulées aux pieds, ce critérium aurait pour effet d'ébranler la valeur juridique d'une grande partie des institutions consacrées par la Constitution en vigueur »⁵³.

49. *Ibid.*, p.249.

50. *Ibid.*

51. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.291.

52. Héraud, *L'ordre juridique...*, *op. cit.*, p.254.

53. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.525-526, note 17.

Ainsi, tous les arguments invoqués en faveur de la thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique sont en réalité réversibles ou réfutables. Pour cela, comme on vient de le voir, il suffit de prendre en considération, d'une part, le fait que ces limites sont adressées au pouvoir de révision constitutionnelle, non pas au pouvoir constituant originaire, et d'autre part, le fait que ces limites ne constituent qu'une intangibilité partielle de la constitution.

Après avoir ainsi exposé et critiqué la thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont dénuées de toute valeur juridique, maintenant nous pouvons passer à l'examen de la deuxième thèse sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle.

§ 2. LA THESE SELON LAQUELLE LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE ONT LA VALEUR JURIDIQUE

Tout d'abord, notons que comme la première thèse est défendue essentiellement par les auteurs qui défendent la permanence du pouvoir constituant originaire, cette thèse aussi est défendue par les auteurs qui acceptent l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire. Car, après avoir accepté l'existence d'un tel pouvoir, il n'y a aucune difficulté logique à accepter la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, ainsi que la valeur juridique des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à son exercice.

Bref selon les partisans de cette thèse, le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut s'exercer que dans le cadre déterminé par la constitution. Ainsi, les dispositions de la constitution qui déterminent ce cadre ont la valeur juridique, et s'imposent à l'exercice de ce pouvoir. Nous avons déjà examiné les arguments des partisans de cette thèse dans le titre préliminaire sous la question « le pouvoir de révision constitutionnelle est-il limité »⁵⁴. C'est pourquoi nous allons étudier ici les arguments autres que ceux-ci.

D'abord précisons que les arguments de cette thèse sont développés essentiellement à propos des interdictions de réviser la constitution sur tel ou tel point. Les arguments les plus habituels se concentrent sur l'*objectif* de ces interdictions.

1. Les auteurs notent que *les dispositions intangibles de la constitution ont pour objet d'assurer la permanence du régime*, autrement dit une certaine stabilité aux institutions⁵⁵. En d'autres termes, « le mobile essentiel qui pousse un constituant à protéger contre toute modification ultérieure certaines des dispositions initiales » de la constitution s'explique par la « vocation de conjurer les désordres d'une société donnée et de faire accroître sans discontinuer l'harmonie de celle-

54. Titre préliminaire, Chapitre 1, Section 2, § 2.

55. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p.289 ; Burdeau, *Traité de science politique*, op. cit., t.IV, p.235.

ci »⁵⁶. Les dispositions intangibles de la constitution participent à cet idéal puisqu'elles donnent à l'Etat ses assises doctrinales⁵⁷.

Ainsi, Marie-Françoise Rigaux précise que les dispositions intangibles de la constitution ont pour objet de « préserver les bases essentielles d'un Etat contre des atteintes fatales »⁵⁸. « La protection visée par de telles normes s'inspire du souci plus large de maintenir l'harmonie d'une communauté politique »⁵⁹.

2. Selon un autre argument, la constitution doit

« prévoir les instruments qui sauvegardent les institutions d'une société contre des assauts incontrôlés menés par des groupes agissant dans leur intérêt exclusif... Dans cette perspective, on ne peut plus dénier de façon aussi péremptoire toute forme d'effectivité à des règles constitutionnelles qui seraient frappées d'intangibilité dans le but de préserver la société contre des bouleversements qu'elle ne saurait maîtriser à défaut d'elles. Il est des moments, dans la vie constitutionnelle d'un Etat, qui peuvent s'accommoder de ce type de dispositions : *un garde-fou juridique* peut contenir parfois des mouvements dont l'impétuosité engendrerait des bouleversements non jugulables »⁶⁰.

La note accompagnant la rédaction définitive de l'article 79, paragraphe 3 de la Loi fondamentale allemande de 1949 explique parfaitement l'objectif des règles intangibles. Selon la note,

« cette disposition a pour but d'éviter que la loi fondamentale puisse être l'objet d'une révision totale ou d'un anéantissement qui, en particulier cacherait sous un voile de légalité, un mouvement révolutionnaire antidémocratique. Un tel article ne saurait empêcher une révolution ; tout mouvement révolutionnaire est susceptible d'engendrer du droit nouveau, mais au moins il ne saurait tirer d'une légitimité ou d'une qualité juridique apparente, les titres d'une légalité nouvelle »⁶¹.

Ainsi Marie-Françoise Rigaux conclut que l'*objectif* de telles dispositions intangibles est d'« assurer la pérennité de l'ordre (démocratique) de l'Etat contre un mouvement 'révolutionnaire' latent qui, sans déchaînement de violence, suivrait les règles prévues pour la révision de la constitution, mais bouleverserait l'ordonnement constitutionnel estimé fondamental »⁶².

En conclusion, on peut dire que l'objectif des dispositions intangibles n'est pas d'interdire les révolutions, mais *d'éviter les phénomènes révolutionnaires latents* qui, sous une apparence de légalité, bouleverseraient l'ordre des institutions⁶³. En

56. Rigaux, *op. cit.*, p.236.

57. *Ibid.*, p.237.

58. *Ibid.*, p.248.

59. *Ibid.*, p.255.

60. *Ibid.*, p.241. M.-F. Rigaux note que « l'expérience douloureuse du nazisme pour le monde et pour nombre de citoyens d'Allemagne peut expliquer qu'en 1949 les députés de Bonn aient songé à adopter un article 79, paragraphe 3, restreignant l'objet des révisions ultérieures de la loi fondamentale portant, notamment, sur le respect des droits de l'homme ou des principes démocratiques » (*Ibid.*, p. 241-242).

61. Voir le texte allemand in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Tübingen, Mohr, 1951, B.1, p.586 (séance du 16 décembre 1948) cité par Rigaux, *op. cit.*, p.84 et 232.

62. Rigaux, *op. cit.*, p.232.

63. *Ibid.*, p.239.

d'autres termes, les auteurs de la constitution veulent que ces dispositions ne soient pas remises en cause sans sortir de la constitution⁶⁴.

3. Après avoir ainsi déterminé l'objectif des limites à la révision constitutionnelle, maintenant nous pouvons passer à l'examen des autres arguments invoqués par les différents auteurs en faveur de la thèse acceptant la valeur juridique de ces limites.

D'une façon générale, notons que ces arguments consistent à dire que les limites à la révision constitutionnelle s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision, car elles sont posées par le pouvoir constituant originaire ; et par conséquent le pouvoir de révision, étant un pouvoir institué par ce pouvoir, est lié par ces limites⁶⁵.

A notre connaissance, c'est Adhémar Esmein qui a, pour la première fois, défendu la thèse de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle, sous la III^e République, à propos de l'intangibilité de la forme républicaine du gouvernement (le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, ajoutée par l'article 2 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884).

Selon Esmein, après la loi constitutionnelle du 14 août 1884, « *la portée possible de la révision est limitée sur ce point* »⁶⁶.

« Il ne faudrait pas, d'ailleurs, dire et croire que l'Assemblée Nationale de révision soit souveraine. Elle exerce, il est vrai, le pouvoir constituant, mais seulement dans la mesure et aux conditions déterminées par les lois constitutionnelles elles-mêmes. En dehors de cette sorte de délégation constitutionnelle, elle est sans titre et sans autorité. Elle ne peut même pas invoquer, pour s'affranchir de ces limitations, un prétendu mandat qu'elle aurait reçu du corps électoral représentant la souveraineté nationale, puisqu'elle n'a pas été spécialement élue en vue de la révision »⁶⁷.

En d'autres termes, selon Esmein,

« l'Assemblée Constituante ainsi créée [conformément à la loi constitutionnelle du 25 février 1875] n'aurait pas des pouvoirs illimités. Elle ne pourrait pas changer la forme républicaine du gouvernement, car elle ne tiendrait son existence légale, constitutionnelle, que d'une Constitution qui elle-même contenait cette restriction »⁶⁸.

D'autre part, Maurice Hauriou, lui aussi, accorde une valeur juridique à l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement prévue par la loi constitutionnelle du 14 août 1884. Selon lui, « il faudrait bien conclure logiquement

64. *Ibid.*, p.241.

65. Par exemple : « le pouvoir de révision, par nature institué, est soumis aux règles diverses prévues par le pouvoir constituant originaire » (Rigaux, *op. cit.*, p.234). « De telles interdictions ont une valeur absolue, parce que le pouvoir constituant originaire aurait pu mettre un obstacle de cette nature au pouvoir de révision postérieur, en faisant dépendre la continuité juridique du système normatif tout entier du respect de pareilles normes » (Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, *op. cit.*, p.56).

66. Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e édition revue par Henry Nézard, Paris, Sirey, 1928, t.II, p.545.

67. *Ibid.*, p.549.

68. *Ibid.*, p.554.

de ce texte (de 1884) qu'une révision de la constitution modifiant la forme républicaine du gouvernement serait inconstitutionnelle »⁶⁹.

Guy Héraud admet l'idée qu'« une bonne Constitution, évidemment, doit prévoir des modes de révision qui permettent un remaniement total... La prohibition des révisions constitutionnelles est vanité de la part du constituant, en même temps que naïve maladresse »⁷⁰. Mais ajoute-t-il, « cette argumentation politique n'a pas de valeur sur le terrain du droit ; d'un point de vue juridique positif il n'y a aucune nécessité à concevoir la possibilité de révision constitutionnelle quand la Constitution la prohibe »⁷¹. Ainsi, pour Guy Héraud peut-être que certaines des limites à la révision constitutionnelle sont des ordonnancements maladroits, mais non pas anti-juridiques⁷². Par conséquent,

« il n'est pas pertinent de critiquer, sinon d'un point de vue politique, l'état du droit positif. Les procédures politiquement critiquables, ne font qu'utiliser une construction juridique nécessaire à toutes et en particulier à l'explication des procédures satisfaisantes ; aucune argumentation proprement juridique ne permet de récuser la validité des premières »⁷³.

Egalement, selon Maurice Duverger, *juridiquement* les limites à la révision constitutionnelle « s'imposent à l'organe de révision : puisqu'il tient son pouvoir de la constitution, il doit la respecter »⁷⁴.

Rappelons que Georges Burdeau aussi défend la même thèse à propos des dispositions relatives à l'intangibilité du régime dans son *Traité de science politique*⁷⁵. Nous avons vu sa théorie dans le titre préliminaire⁷⁶. C'est pourquoi nous n'y revenons pas.

De nos jours, les auteurs acceptent de plus en plus la valeur juridique de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement. Par exemple, Charles Debbasch et ses amis estiment que la thèse qui soutient que l'article 89, alinéa 5, n'a aucune valeur juridique n'est pas fondée. Car, selon eux, « le pouvoir constituant dérivé est obligé de respecter la Constitution en vigueur ; seul le pouvoir consti-

69. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{re} édition, 1923, p.297. Notons que, comme on l'a vu dans le titre préliminaire, (Chapitre 2, Section 2, § 2, B) Maurice Hauriou défend le principe de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle en tout état de cause. Il limite le pouvoir de révision constitutionnelle non seulement par la limite matérielle prévue par le texte constitutionnel, mais aussi par d'autres limites non-inscrites dans le texte constitutionnel.

70. Héraud, *L'ordre juridique...*, *op. cit.*, p.233.

71. *Ibid.*, p.234.

72. *Ibid.*, p.234. Dans le même sens voir Burdeau, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t.IV, p.235 : « Ces restrictions peuvent être imprudentes ou inutiles ; elles sont parfaitement et juridiquement fondées ».

73. Héraud, *L'ordre juridique...*, *op. cit.*, p.235.

74. Maurice Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, Paris, P.U.F., 5^e édition, 1948, p.195. Pourtant notons que selon Duverger, *politiquement* ces limites « ne signifient rien, sinon l'obligation de recourir à la révolution pour modifier les dispositions proclamées immuables lors de l'établissement de la constitution » (*Ibid.*).

75. Burdeau, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t.IV, p. 236-239.

76. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 1.

tuant originaire qui établit une constitution, pourrait adopter n'importe quelle forme politique »⁷⁷. D'ailleurs ils pensent que « l'autorité de révision étant un pouvoir institué, et non le pouvoir constituant originaire, ne peut, sans commettre de détournement de pouvoir, accomplir une révision contraire à l'esprit qui animait le pouvoir constituant originaire »⁷⁸.

Egalement selon Dmitri Georges Lavroff,

« cette interdiction [art.89, al.5] peut être considérée comme ayant une valeur juridique au résultat du raisonnement suivant : le pouvoir de révision de la Constitution est un pouvoir institué, on voit mal comment un pouvoir institué pourrait détruire le texte qui l'institue, car il perdrait du même coup la base de sa légitimité »⁷⁹.

En conclusion, selon cette thèse, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle ont la valeur juridique, c'est-à-dire qu'elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Car, *premièrement*, ces dispositions ont pour objet d'assurer la permanence du régime, ainsi que de protéger l'ordre de l'Etat contre un mouvement révolutionnaire latent qui, sans déchaînement de violence, suivrait les règles prévues pour la révision de la constitution, mais bouleverserait l'ordonnement constitutionnel fondamental. *Deuxièmement*, ces limites sont prévues par la constitution, et le pouvoir de révision constitutionnelle, étant un pouvoir organisé par la constitution, doit nécessairement les respecter.

* * *

L'appréciation générale de ces deux thèses sera faite plus bas, dans la deuxième section de ce chapitre. Nous l'y avons placée, parce que nous allons la faire à la lumière des notions ou des critères qui seront expliquées dans cette section, comme la notion de l'existence matérielle⁸⁰, comme les critères de justice⁸¹ et d'efficacité⁸².

77. Debbasch et alii, *op. cit.*, p.606.

78. *Ibid.*, p.93.

79. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.106. Rappelons que selon le président Lavroff, « il est toujours possible de recourir au pouvoir constituant originaire qui n'est pas enfermé dans les mêmes limites que le pouvoir institué » (*Ibid.*). Voir à ce propos *supra*, Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 2.

80. Pour l'appréciation faite à la lumière de la notion de l'existence matérielle voir *infra*, ce chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 1, A.

81. Pour l'appréciation faite à la lumière du critère de justice (la validité axiologique) voir *infra*, ce chapitre, Section 2, Sous-section 2, § 2, A.

82. Pour l'appréciation faite à la lumière du critère d'efficacité (la validité matérielle) voir *infra*, ce chapitre, Section 2, Sous-section 2, § 2, B.

[Page laissée intentionnellement vide]

Sous-section 2

LES DEUX QUESTIONS PARTICULIERES

Dans cette sous-section, nous allons étudier les deux questions qui occupent une place particulière dans le débat doctrinal classique sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels : celle de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle peut surmonter les limites à la révision constitutionnelle par les révisions successives (§ 1) et celle de savoir si ces limites sont sanctionnées en cas de leur transgression (§ 2).

§ 1. LE POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE PEUT-IL SURMONTER LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE PAR LES REVISIONS SUCCESSIVES ?

Nous verrons d'abord les thèses en présence (A). Ensuite nous tenterons de faire une appréciation générale de la question (B).

A. LES THESES EN PRESENCE

A ce propos, dans la doctrine de droit constitutionnel, il y a deux thèses contradictoires.

1. La thèse selon laquelle le pouvoir de révision peut surmonter les limites à la révision constitutionnelle par les révisions successives¹

Selon cette thèse, qui est d'ailleurs très répandue dans la doctrine, même si les dispositions intangibles de la constitution ont formellement la valeur juridique, le pouvoir de révision constitutionnelle aurait *la possibilité de surmonter ces interdic-*

1. Cette thèse est appelée aussi la thèse de la « révision de la révision » (Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.371, 471 ; *Id.*, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1056) ou « la thèse de la 'double révision' » (Yann Aguila, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1994, p.37).

tions en deux temps : en abrogeant d'abord la norme interdisant la modification, et puis en révisant la norme dont la révision est interdite. Par exemple en France, le pouvoir de révision peut d'abord abroger l'alinéa 5 de l'article 89 conformément à sa procédure, et peut réviser ensuite la forme républicaine du Gouvernement.

A propos de la valeur juridique de la loi constitutionnelle de 1884 qui interdisait de réviser « la forme républicaine du Gouvernement », une semblable thèse a été pour la première fois développée par Léon Duguit. Il défendait que l'Assemblée nationale de révision peut même changer la forme républicaine du gouvernement. L'un de ses arguments consistait à dire que

« cette disposition a été votée par une assemblée nationale de révision et... par conséquent elle peut être modifiée ou abrogée par une autre assemblée de révision..., par conséquent, si tant que ce texte existe l'assemblée nationale ne peut pas changer la forme du gouvernement, *elle n'a qu'à l'abroger, et la chose faite, elle pourra très constitutionnellement changer la forme républicaine du gouvernement* »².

Ensuite, sous la IV^e République, cette thèse a été défendue par Georges Vedel à propos de la valeur juridique de l'article 95 de la Constitution de 1946 prévoyant la même interdiction. Selon Vedel, l'obstacle de l'article 95 peut être levé de la façon suivante : « Il suffit de faire abroger par voie de révision l'article 95 précité ; après quoi l'obstacle étant ainsi levé, une seconde révision peut porter sur la forme républicaine du gouvernement »³.

Depuis Léon Duguit et Georges Vedel, cet argument est devenu classique et a été cité à peu près par tous les auteurs qui traitent le sujet de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle⁴.

Nous allons discuter longuement le bien-fondé de cette thèse plus bas. Mais notons tout de suite que, si la constitution n'interdit pas la révision de la norme qui prévoit une intangibilité par une règle auto-référentielle (par ex. « Cet article est lui-même exclu de toute révision »), nous aussi nous pensons que le pouvoir de révision constitutionnelle peut surmonter cette intangibilité en deux temps. Car, après avoir abrogé conformément à sa procédure la norme interdisant la révision (par exemple l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française), il ne reste aucune disposition juridique en vigueur qui interdit de toucher l'intangibilité (par ex. la forme républicaine). Dans ce deuxième temps, le pouvoir de révision constitutionnelle peut réaliser la révision anciennement interdite. Car, dans cette deuxième phase, il n'existe aucune limite en vigueur qui peut s'imposer à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

2. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, Paris, Ancienne librairie fontemoing, 1924, t.IV, p.540. C'est nous qui soulignons.

3. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.117. Georges Vedel a repris récemment la même thèse. Voir *Id.*, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p.179 ; *Id.*, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.90.

4. Voir par exemple Chantebout, *op. cit.*, p. 39 ; Burdeau, Hamon, Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.54 ; Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, *op. cit.*, p.57 ; Lavroff, « Le droit saisi par la politique... », *op. cit.*, p.28-29 ; Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.124 ; *Id.*, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p.159 ; Debbasch et alii, *op. cit.*, p.606 ; Shawi, *op. cit.*, p.175 ; Branchet, *op. cit.*, p.62, 64.

Cependant, cette thèse a été contestée par plusieurs auteurs. Alors voyons maintenant ces critiques, comme deuxième thèse, sur notre question.

2. La thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas surmonter les limites à la révision constitutionnelle par les révisions successives

Selon cette thèse, le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas toucher la norme dont la révision est interdite même en deux temps. Plusieurs arguments sont invoqués en faveur de cette thèse.

Les auteurs qui défendent cette thèse parlent en général de l'esprit de la constitution, du détournement des normes constitutionnelles, ou de l'hypocrisie de ce procédé.

Par exemple selon Philippe Ardant, dans cette possibilité, « la lettre de la Constitution serait observée mais pourrait-on dire que son esprit ait été respecté? »⁵.

Egalement pour Pierre Pactet aussi, la possibilité de surmonter ces limites en deux temps apparaît théorique et douteuse.

« *Théorique*, dit-il, parce que lorsque les circonstances sont suffisamment graves pour qu'il soit question de passer outre une interdiction constitutionnelle, les titulaires du pouvoir de révision constitutionnelle n'ont généralement pas le loisir de décomposer l'opération en deux temps, ils sont pressés d'aboutir et, de toute manière, le respect de la légalité les préoccupe très peu, comme on l'a bien vu en juillet 1940. *Douteuse*, affirme-t-il encore, parce qu'il serait trop facile, dans ces conditions, de *tourner* les dispositions constitutionnelles. En effet, l'argument des deux révisions successives est *fallacieux*, la vérité étant qu'elles forment un ensemble indissociable, et *illicite* puisque la première, la plus hypocrite, ne sert qu'à préparer les voies à la seconde. De toute manière, *l'esprit du texte est trahi* »⁶.

A notre avis, les arguments de Pierre Pactet ne sont pas fondés. D'abord son premier argument qui consiste à dire que les titulaires du pouvoir de révision constitutionnelle n'ont généralement pas le loisir de décomposer l'opération de révision en deux temps n'est pas un argument d'ordre juridique. Quant à son deuxième argument, il faut d'abord démontrer que la forme républicaine du gouvernement et l'interdiction de sa révision forment un ensemble indissociable. Cependant Pierre Pactet ne le démontre pas. Sans une telle démonstration, à notre sens, on ne peut pas parler du détournement des dispositions constitutionnelles, ni du caractère illicite de ce procédé. Enfin, son troisième argument, qui consiste à dire que « de toute manière, l'esprit du texte est trahi », nous conduit à un autre problème que nous allons étudier plus loin⁷. On va le voir, l'esprit de la constitution n'est pas une notion objectivement définissable, tout au moins si l'on ne se réfère pas aux dispositions intangibles de la constitution. Et si l'on se réfère à ces disposi-

5. Ardant, *op. cit.*, p.78.

6. Pactet, *op. cit.*, p.76. C'est nous qui soulignons.

7. Cette partie, Titre 2, Chapitre 2.

tions, le troisième argument de Pierre Pactet s'effondre parce qu'il devient syllogistique.

D'autre part, Massimo Luciani aussi refuse la thèse des deux révisions successives par le motif qu'elle est *excessivement formaliste* et oublie que l'identité de l'Etat est essentiellement forgée par des valeurs fondamentales autour desquelles se forme le *consensus unionis*. D'où le fait qu'éliminer une de ces valeurs signifie altérer l'identité de l'Etat, c'est-à-dire, passer d'une constitution à une autre, pas simplement la modifier⁸.

Il nous semble que l'argument de Massimo Luciani est basé essentiellement sur la thèse de supraconstitutionnalité. Car, sans avoir accepté que les valeurs fondamentales dont il parle se trouvent au-dessus de la constitution, on ne peut pas en déduire les conséquences juridiques pour le pouvoir de révision constitutionnelle. Or, comme on va le voir plus bas⁹, nous refusons l'existence des normes supraconstitutionnelles.

Plus récemment, Louis Favoreu a refusé la thèse de révisions successives. Il remarque qu'

« une telle démarche, s'apparentant à un détournement de procédure, ne serait sans doute pas acceptée par les juges constitutionnels allemand, autrichien, italien ou espagnol. Même en France, il paraît difficile, politiquement, de procéder ainsi, dès lors que le recours aux lois constitutionnelles tend à se banaliser : ce qui a été fait en 1958, dans une situation exceptionnelle et à l'occasion d'un changement complet de Constitution, est difficilement envisageable en période normale et pour une révision partielle alors surtout que le contexte juridique et l'environnement international ont été profondément modifiés. En définitive donc, le Conseil constitutionnel n'oserait sans doute, en *période normale*, censurer la démarche ci-dessus décrite ; mais, en *période normale*, le pouvoir constituant n'oserait pas y procéder »¹⁰

Otto Pfersmann, en examinant l'alinéa 3 de l'art.79 de la Loi fondamentale allemande, se pose d'abord la question de savoir « quel est le statut de cet alinéa lui-même ».

« En d'autres termes, cette disposition est-elle auto-référentielle ? Une lecture 'éliminativiste' pourrait conclure qu'il suffit de réviser cet alinéa selon la procédure normale pour abroger l'interdiction qu'il entend rendre intangible. *Une telle interprétation est souvent et faussement taxée de 'positiviste'*. Ceci est faux, car, on impute ici à une approche positiviste d'introduire une hypothèse additionnelle d'interprétation selon laquelle tout ce qui n'est pas défendu est permis. Or une telle démarche n'est pas positiviste, mais idéaliste, puisqu'elle projette ainsi dans un ordre juridique donné une règle qui lui est de première abord extérieure, car il se pourrait justement que le droit positif en dispose autrement. Mais à défaut d'autres indications, une lecture éliminativiste ne serait pas entièrement exclue. Il serait possible d'avancer que le sens de cette disposition est d'interdire que les limites énoncées soient directement affectées par un amendement constitutionnel. Le législateur qui voudrait déroger à l'intangibilité de la dignité de la personne humaine aurait à

8. Luciani, « La revisione costituzionale in Italia », *op. cit.*, p.134-135 (Escarras, « Présentation du rapport italien de Massimo Luciani », *op. cit.*, p.114).

9. Cette partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1.

10. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.76.

franchir un obstacle supplémentaire. Or il ressort clairement du contexte historique de l'élaboration de la Loi fondamentale que les pères constituants n'avaient voulu se contenter d'une si modeste protection, qu'ils avaient au contraire voulu donner à cette disposition le sens d'une interdiction absolue. *Il faut donc admettre une règle additionnelle selon laquelle la modification de cet alinéa est également interdite dans le cadre de la Loi fondamentale, faute de quoi cet alinéa serait dépourvu de signification* »¹¹.

Mais Otto Pfersmann constate qu'

« ici se pose un deuxième problème, car on pourrait dire qu'il suffit alors de déroger explicitement par une révision constitutionnelle à cette règle additionnelle (ou à une règle explicite équivalente, si elle figurait dans une constitution : par ex. 'Cet article est lui-même exclu de toute révision'). *Pour se protéger contre cela il faudrait introduire une nouvelle règle interdisant que l'interdiction ne fasse l'objet d'une révision, et ainsi de suite à l'infini.* On a parlé de cette occasion du *paradoxe de l'auto-référentialité*¹² de ce type de règles. Sans pouvoir entrer plus avant dans cette problématique qui exige des développements propres, il nous suffira de remarquer ici que la défense de modification à quelque méta-niveau que ce soit constitue une condition sans laquelle cette disposition serait tout simplement dépourvue de sens »¹³.

B. L'APPRECIATION GENERALE DE LA QUESTION

On vient de voir les deux thèses contradictoires sur la question de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle peut surmonter les limites à la révision constitutionnelle par les révisions successives. Comment peut-on trancher ce débat ?

Nous allons essayer de résoudre cette question essentiellement en nous inspirant du raisonnement d'Otto Pfersmann et ceci sur l'exemple de l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française stipulant que « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ».

D'abord, répétons que selon la thèse des révisions successives, l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement peut être surmontée en deux temps : en abrogeant d'abord l'alinéa 5 de l'article 89, en révisant ensuite la forme républicaine. Pour cela il n'y a aucun obstacle juridique, parce que la révision de l'alinéa 5 n'est pas interdite dans la Constitution. Ce qui est interdit, c'est de réviser la forme républicaine, non pas de réviser l'alinéa 5 qui la prévoit. C'est-à-dire que l'alinéa 5 lui-même n'est pas exclu de révision.

Cet argument est apparemment logique. Ceci car, le constituant de 1958 avait toujours eu la possibilité d'interdire la révision, non seulement de la forme républicaine, mais aussi de l'alinéa 5 qui prévoit cette interdiction. S'il l'avait voulu, il aurait dû interdire la révision de l'alinéa 5. Puisqu'il ne l'a pas fait, on peut en

11. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.52-53. (C'est nous qui soulignons). Il ajoute, « une révision de cette clause, même par le biais d'une méta-clause constituerait donc une révolution au sens normatif du terme » (*Ibid.*, p.53).

12. Voir Alf Ross, « On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law », *Mind*, 1969, p.1-24.

13. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.53, note 130.

déduire que le constituant de 1958 a lui-même donné au pouvoir de révision constitutionnelle la possibilité de réviser l'alinéa 5.

En s'inspirant d'Otto Pfersmann, on peut affirmer que cet argument n'est pas tout à fait satisfaisant. En tout cas, cette thèse de la possibilité de surmonter les limites à la révision constitutionnelle en deux temps mérite d'être abordée d'une façon plus détaillée.

En premier lieu, supposons que le pouvoir constituant originaire ait voulu reconnaître une intangibilité absolue à la forme républicaine du gouvernement, et que dans ce but, il ait voulu interdire non seulement la révision de la forme républicaine, mais aussi celle de l'alinéa 5 qui le prévoit. Pour cela, le pouvoir constituant originaire a deux possibilités :

(1) soit il peut ajouter à l'alinéa 5 une deuxième phrase stipulant que « *cet alinéa est lui-même exclu de toute révision* », c'est-à-dire dans la forme d'une règle auto-référentielle¹⁴ ;

(2) soit il peut introduire dans la Constitution une règle additionnelle spécifiant que « *l'alinéa 5 de l'article 89 est exclu de toute révision* ».

Commençons par la première.

1. L'interdiction de réviser l'alinéa 5 par une règle auto-référentielle

Il est évident que le pouvoir constituant originaire peut ajouter à l'alinéa 5 de l'article 89 la phrase suivante : « Cet alinéa est lui-même exclu de toute révision ». Appelons la nouvelle version de l'alinéa 5, l'« *alinéa 5'* ».

Dans ce cas, personne ne peut positivement prétendre que l'interdiction de réviser la forme républicaine peut être surmontée en deux temps. En effet, la forme républicaine est protégée par l'*alinéa 5'*. Pour modifier la forme républicaine il faut d'abord réviser l'*alinéa 5'*. Mais ceci est formellement impossible, car l'*alinéa 5'* dit qu'« il est lui-même exclu de toute révision ». C'est-à-dire que l'*alinéa 5'* est lui-même un obstacle juridique pour sa révision. Autrement dit, l'interdiction de réviser l'*alinéa 5'* résulte de cet alinéa lui-même. C'est pourquoi nous disons que l'*alinéa 5'* est auto-référentiel.

Dans cette hypothèse, la réponse à la question de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle peut réviser l'*alinéa 5'*, est la suivante : *Non. Le pouvoir de*

14. Une telle règle auto-référentielle se trouvait dans l'article 118 de la Constitution de la République d'Afrique du Sud du 25 avril 1961. L'article 118 prévoyait, d'une part, une procédure renforcée pour la révision de l'article 108 (égalité des langues officielles), et d'autre part, il prévoyait la même procédure renforcée pour sa propre révision (Art. 118. - ... Aucune abrogation ou altération des dispositions du présent article... ne sera valable que si... »). Dmitri Georges Lavroff et G. Peiser, *Les constitutions africaines*, Paris, Editions A. Pédone, 1964, (Tome II : « Etats anglophones »), p.93.

révision constitutionnelle ne peut pas réviser l'alinéa 5', car l'alinéa 5' interdit sa propre révision.

Il faut remarquer que cette phrase est auto-référentielle. Elle fait référence à elle-même. La deuxième partie de cette phrase répète la première partie : Le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas réviser l'*alinéa 5'*, car, l'*alinéa 5'* dit que « le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas réviser l'*alinéa 5'* »¹⁵.

2. L'interdiction de réviser l'alinéa 5 par une règle additionnelle

Comme on l'a déjà noté, la révision de l'alinéa 5 peut être interdite par une *règle additionnelle* qui stipule que « l'alinéa 5 (de l'article 89) est exclu de toute révision ». Cette règle peut être mise sous la forme d'un sixième alinéa ajouté à l'article 89, ou bien sous la forme d'un nouvel article introduit dans la Constitution. Quelle que soit sa forme, appelons cette règle additionnelle l'« *alinéa 5₁* ».

Maintenant, continuons notre raisonnement. D'abord comme première hypothèse, prenons l'état actuel de la Constitution française ; et comme deuxième hypothèse, supposons que, dans la Constitution française, il y ait une règle additionnelle (*alinéa 5₁*) qui protège l'alinéa 5.

Première hypothèse : il n'existe pas d'*alinéa 5₁*.

Dans cette hypothèse, l'alinéa 5 peut être révisé conformément à la procédure normale, parce qu'il n'existe pas d'*alinéa 5₁* qui le protège. C'est-à-dire que l'interdiction de réviser la forme républicaine peut être surmontée *en deux temps* : en abrogeant d'abord l'alinéa 5, et en révisant ensuite la forme républicaine. C'est la thèse de la « *double révision* » que nous avons vue plus haut.

Deuxième hypothèse : Il existe un *alinéa 5₁*.

L'alinéa 5 ne peut pas être révisé, parce que l'*alinéa 5₁* est en vigueur.

Mais, dans cette hypothèse aussi l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement n'est pas absolue. Cette interdiction peut être surmontée *en trois temps* : en abrogeant d'abord l'*alinéa 5₁*, en supprimant deuxièmement l'alinéa 5, et enfin en révisant la forme républicaine¹⁶. Alors, pour protéger cet *alinéa 5₁*, on a besoin d'un *alinéa 5₂* qui prévoit que l'*alinéa 5₁* ne peut pas être révisé. Comme troisième hypothèse, supposons qu'il existe un tel *alinéa 5₂*.

Troisième hypothèse : Il existe un *alinéa 5₂*.

L'*alinéa 5₁* ne peut pas être révisé, parce que l'*alinéa 5₂* est en vigueur.

15. Il convient de noter que selon un théorème logique, les sentences auto-référentielles sont dénuées de sens (Voir Alf Ross, « On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law », *Mind*, 1969, p.4).

16. Même si cette hypothèse n'est pas envisagée par la doctrine classique, elle se trouve dans la logique de cette doctrine.

Mais, dans cette hypothèse aussi, l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement n'est pas absolue. Cette interdiction peut être surmontée *en quatre temps* : en abrogeant d'abord l'*alinéa 5₂*, en abolissant deuxièmement l'*alinéa 5₁*, en supprimant troisièmement l'*alinéa 5*, et en révisant enfin la forme républicaine. Ainsi, pour protéger cet *alinéa 5₂*, il faut avoir un *alinéa 5₃* qui protège l'*alinéa 5₂*. Même cet *alinéa 5₃*, pour se protéger, a besoin d'un *alinéa 5₄*, et ainsi de suite à l'infini.

Alors :

- Pour que l'*alinéa 5* ne soit pas révisable, il faut qu'il existe l'*alinéa 5₁*
- Pour que l'*alinéa 5₁* ne soit pas révisable, il faut qu'il existe l'*alinéa 5₂*
- Pour que l'*alinéa 5₂* ne soit pas révisable, il faut qu'il existe l'*alinéa 5₃*
-
-
- Pour que l'*alinéa 5_n* ne soit pas révisable, il faut qu'il existe l'*alinéa 5_{n+1}*

C'est-à-dire que pour la valeur n , l'*alinéa 5_n*, pour se protéger, a besoin de l'*alinéa 5_{n+1}*. Autrement dit, le $n^{\text{ième}}$ alinéa 5, lui aussi pour se protéger, a besoin d'un $n+1^{\text{ième}}$ alinéa 5.

En d'autres termes, même si sont prévues plusieurs règles additionnelles, il y a toujours la possibilité de surmonter l'interdiction. C'est-à-dire que s'il y a *une* règle (par ex. alinéa 5) qui prévoit une intangibilité, on peut surmonter cette intangibilité en *deux* temps. S'il y a encore une autre règle (par ex. alinéa 5₁ supposé) qui protège la première règle (par ex. al.5), c'est-à-dire s'il y a *deux* règles qui protègent directement et indirectement la forme républicaine, on peut surmonter cette intangibilité en *trois* temps et ainsi de suite à l'infini. Pour déterminer alors le nombre de temps dans lequel on peut surmonter l'intangibilité, il faut ajouter « 1 » au nombre de règles relatives à l'intangibilité (l'une prévoit une intangibilité et les autres la protègent). C'est-à-dire, s'il y a un nombre « n » de règles qui protègent directement et indirectement le principe intangible, cette intangibilité peut être surmontée en « $n+1$ » temps.

Alors comme on le voit, même si sont prévues plusieurs règles additionnelles, il y a toujours la possibilité de surmonter l'intangibilité. C'est pourquoi il n'y a pas de différence entre l'existence d'une règle qui prévoit une intangibilité et l'existence d'une règle additionnelle qui interdit la révision de cette règle. Il n'y a pas de différence encore entre l'existence d'une règle qui prévoit une intangibilité et celle de plusieurs règles additionnelles qui se protègent l'une l'autre jusqu'à cette intangibilité. Car, comme on l'a vu, il y a toujours la possibilité de surmonter cette intangibilité en commençant à abroger conformément à la procédure normale de la dernière règle additionnelle vers la première règle qui prévoit l'intangibilité.

Alors comme on le voit, en multipliant les règles additionnelles, on ne résout rien.

Maintenant, rappelons-nous l'argument invoqué en faveur de la thèse de la possibilité de surmonter l'intangibilité en deux temps. Alors, selon cet argument, par la règle prévoyant une intangibilité (par ex. alinéa 5 de l'article 89 : l'interdic-

tion de réviser la forme républicaine), le pouvoir constituant originaire n'a pas voulu assurer une intangibilité absolue à cette interdiction. Car s'il l'avait voulu, il aurait dû adopter une règle additionnelle¹⁷ interdisant la révision de la règle prévoyant l'intangibilité. Puisqu'il ne l'a pas fait, on peut en déduire que le pouvoir constituant originaire a lui-même permis au pouvoir de révision constitutionnelle de réviser la règle qui prévoit l'intangibilité (par ex. l'alinéa 5).

Ainsi devant notre démonstration ci-dessus cet argument s'effondre. Car, même si le pouvoir constituant originaire avait voulu assurer une intangibilité absolue à une interdiction de réviser la constitution, et dans ce but, même s'il avait adopté plusieurs règles additionnelles protégeant la règle prévoyant cette interdiction, la situation ne change point, parce que, comme on vient de l'expliquer, il y a toujours, pour le pouvoir de révision constitutionnelle, la possibilité de surmonter ces règles additionnelles, même si elles sont très nombreuses. Il lui suffit d'abroger toutes les règles additionnelles en commençant de la dernière jusqu'à la première et enfin de réviser la norme dont la modification est interdite.

Deuxièmement, notons que la logique de la thèse des révisions successives représente un cercle vicieux. Car, en effet, on revient toujours à la situation qui existait au début. L'alinéa 5 pour se protéger a besoin d'une règle additionnelle (*alinéa 5₁*). Et la *n*^{ième} règle additionnelle (*alinéa 5_n*), elle aussi, pour se protéger a besoin d'une *n+1*^{ième} règle additionnelle (*alinéa 5_{n+1}*). Au début et à la fin de ce raisonnement, c'est toujours la même logique qui se répète : une règle pour se protéger a besoin d'une autre règle.

En résumé, selon le développement ci-dessus, la thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle a toujours la possibilité de surmonter les interdictions de réviser la constitution sur tel ou tel point par des révisions successives n'est pas satisfaisante, car elle représente un cercle vicieux.

* * *

Conclusion. – 1. Si une constitution prévoit l'intangibilité de l'une de ses dispositions *par une règle auto-référentielle* (par ex. : « la forme républicaine du gouvernement et ainsi que cet article lui-même sont exclus de toute révision »), à notre avis, cette disposition *bénéficie d'une intangibilité absolue*. Car, pour la réviser, il faut d'abord abroger cette disposition ; mais ceci est impossible en vertu de cette disposition elle-même.

2. Par contre, dans l'hypothèse où une constitution prévoit l'intangibilité de l'une de ses dispositions *par une règle non auto-référentielle*, c'est-à-dire une règle

17. Comme on l'a déjà dit, cette règle additionnelle, qui protège l'alinéa 5, peut être introduite dans la Constitution sous des formes différentes. Par exemple, elle peut être ajoutée à l'alinéa 5, comme deuxième phrase de cet alinéa stipulant que « cet alinéa est lui-même exclu de toute révision. Ou elle peut être sous la forme d'un alinéa 6 ajoutée à l'article 89 précisant que « l'alinéa 5 est exclu de toute révision ». Ou bien enfin, elle peut être sous la forme d'un article (par exemple l'art.94), ajouté à la Constitution, stipulant que « l'alinéa 5 de l'article 89 ne peut pas être révisé ».

qui n'est pas elle-même exclue de révision (par ex. : l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française), notre conclusion est la suivante :

a) Lorsque la règle qui prévoit l'intangibilité reste en vigueur, on ne peut pas directement modifier la norme dont la révision est interdite. Par exemple en France, on ne peut pas *directement* réviser la forme républicaine du gouvernement, lorsque l'alinéa 5 de l'article 89 est en vigueur. En effet, *dans cette hypothèse, du point de vue du droit positif, il n'y a pas de problème. C'est-à-dire tant que l'alinéa 5 de l'article 89 est en vigueur, la forme républicaine du gouvernement reste intangible.* C'est ce qu'affirment d'ailleurs les défenseurs de la thèse qui soutient la possibilité de surmonter ces limites en deux temps. Par exemple Léon Duguit, principal défenseur de cette thèse, précisait que « tant que ce texte¹⁸ existe l'assemblée nationale ne peut pas changer la forme républicaine du gouvernement »¹⁹.

b) Et si l'on abroge l'alinéa 5 de l'article 89, il ne reste dans la Constitution aucune règle qui prévoit l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement. Alors, dans cette hypothèse, non plus, *du point de vue du droit positif, il n'y a pas de problème*, parce qu'il n'existe aucune règle en vigueur interdisant la révision de la forme républicaine du gouvernement. Par conséquent, dans cette deuxième hypothèse, le problème de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle ne se pose même pas.

A la lumière de cette conclusion, nous pouvons affirmer qu'en France, l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement pourrait être surmontée en deux temps, car l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution n'est pas auto-référentiel. Bref, l'alinéa 5 est une règle comme les autres. Par conséquent, il peut être révisé comme toutes les autres règles de la Constitution conformément à la procédure de révision constitutionnelle.

En conséquence, comme on vient de le montrer, si une constitution n'a pas interdit la révision de l'une de ses dispositions *par une règle auto-référentielle*, le pouvoir de révision constitutionnelle a toujours la possibilité de surmonter cette interdiction par les révisions successives. Même s'il y a plusieurs règles additionnelles qui protègent cette interdiction, la situation ne change point. Il suffit au pouvoir de révision constitutionnelle d'abroger toutes les règles additionnelles en commençant de la dernière jusqu'à la première et enfin, de réviser la norme dont la modification est interdite.

Mais cela ne signifie pas que les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont dénuées de toute valeur juridique. En d'autres termes, il est vrai que les limites à la révision constitutionnelle n'ont pas de valeur juridique absolue, mais elles ont tout de même une valeur juridique relative : tant qu'elles ne sont pas abrogées par une révision préalable, elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

18. C'est-à-dire le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février du 1875 (ajouté par la loi constitutionnelle du 14 août 1884).

19. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, t.IV, p.540.

§ 2. LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE SONT-ELLES SANCTIONNEES ?

Dans la doctrine classique du droit constitutionnel, l'autre question qui occupe une place particulière est celle de savoir si les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution sont sanctionnées.

Nous verrons d'abord les thèses qui ont été avancées à propos de cette question (A), ensuite nous essayerons de faire une appréciation générale de la question (B).

A. LES THESES EN PRESENCE

Voyons d'abord les données classiques de la problématique sous la forme de deux thèses à propos de la question de l'existence de la sanction des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution en cas de leur transgression.

1. La thèse de l'absence de sanction

Sous la III^e République, à propos de la valeur juridique de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat²⁰, prévue par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875²¹, Carré de Malberg soutenait que,

« les prescriptions limitatives de l'art 8 n'ont pas de véritable 'sanction juridique'. Il est certain, en effet, qu'une limitation constitutionnelle dont l'observation dépend de la bonne volonté de l'organe auquel elle est imposée, n'a pas de valeur juridique proprement dite. Ici, en particulier, la limitation est d'autant moins efficace qu'en cas de doute ou de discussion sur sa portée d'application et sur ses effets, il appartient naturellement à l'Assemblée nationale, en tant qu'organe constituant, et même il n'appartient qu'à elle seule, de trancher ces doutes par sa propre interprétation : car, elle seule a, en principe, qualité pour interpréter les textes constitutionnels. Ainsi, toutes ces observations aboutissent, en définitive, à une même conclusion : c'est que la puissance de l'Assemblée nationale ne se trouve pas sérieusement limitée »²².

Il convient de signaler que même les partisans de la thèse qui soutient la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution soulignent la difficulté de trouver une sanction directe de ces limites. Par exemple Pierre Pactet, après avoir rejeté la thèse selon laquelle le pouvoir de révision a la possibilité de surmonter les interdictions en deux temps, « en revanche, dit-il, on est d'obligé d'admettre que si ces interdictions sont transgressées, il n'y a pratiquement aucune sanction possible »²³.

20. Le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 révisée par la loi constitutionnelle du 14 août 1884.

21. Ajoutée par l'article 2 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884.

22. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.603. C'est nous qui soulignons.

23. Pactet, *op. cit.*, p.76.

2. La thèse de l'existence de sanction

Sous la III^e République, Esmein cherche à trouver une sanction à l'intangibilité de la forme républicaine²⁴. D'abord il se pose la question de savoir « comment la théorie de la révision limitée peut-elle s'imposer au respect de l'Assemblée nationale »²⁵. Comme réponse à cette question, « il faut, dit-il, s'en remettre à la *conscience des membres de l'Assemblée, au sentiment de la règle*, qui presque inévitablement dominera la majorité »²⁶. En effet, selon Esmein,

« les Constituants de 1789 semblent avoir partagé cette opinion : car, organisant, dans la Constitution de 1791, le système de révision limitée, ils n'ont trouvé que *le serment* comme moyen de le faire respecter. En 1884, le moyen employé par la majorité de chacune des deux Chambres, qui adoptaient aussi le même système, a été analogue : il y a eu *une sorte de contrat, un engagement d'honneur* pris par les membres composant cette majorité, de repousser par la question préalable, à l'Assemblée nationale, toute proposition qui porterait sur un point autre que ceux admis par les résolutions préalables des deux Chambres »²⁷.

D'ailleurs comme une sanction éventuelle des limites à la révision constitutionnelle, Esmein défendait l'idée de retarder indéfiniment la promulgation des lois constitutionnelles²⁸. En effet, Esmein constatait que « le délai dans lequel cette promulgation devrait intervenir n'est pas fixé par la Constitution »²⁹. Nous allons examiner cette idée d'Esmein dans la deuxième partie de notre thèse à propos de la question de savoir si le président de la République peut refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle³⁰. C'est pourquoi, on se contentera ici de le signaler.

En conclusion, selon Esmein

« n'y eût-il aucune sanction directe ou indirecte contre les excès de pouvoir commis par une Assemblée Nationale réunie régulièrement pour opérer la révision, il n'en faudrait pas moins tenir fermement que ses pouvoirs ne sont pas illimités. A un certain degré, *la loi nécessairement a pour unique sanction et garantie la conscience des autorités supérieures chargées d'en faire l'application*. La Cour de cassation n'a pas d'autorité qui lui soit supérieure quand il s'agit d'établir l'application des lois aux faits particuliers. Qui dirait cependant que la Cour de cassation peut, de parti pris, donner aux lois une interprétation qu'elle saurait ne peut être exacte? Pour être libres, il faut qu'un peuple et ses représentants s'attachent fermement à cette idée, que *la Constitution doit toujours être respectée, tant qu'elle existe, en elle-même et pour elle-même* »³¹.

24. Le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 révisée par la loi constitutionnelle du 14 août 1884.

25. Esmein, *op. cit.*, t.II, p.549.

26. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

27. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

28. Esmein, *op. cit.*, t.II, p.549.

29. *Ibid.*, p.551-552. C'est nous qui soulignons. L'absence de délai de promulgation a été soulignée encore par Hauriou (*Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p.335).

30. Deuxième partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

31. *Ibid.*, t.II, p.553.

B. L'APPRECIATION GENERALE DE LA QUESTION

A notre avis, la question de savoir si les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les constitutions sont sanctionnées nécessite la solution d'une question plus générale : la question des normes non sanctionnées.

1. La question des normes non sanctionnées

Peut-il exister des normes non sanctionnées dans un ordre juridique ? Sur cette question, dans la théorie du droit, il y a deux thèses opposées.

a. La thèse selon laquelle il peut exister des normes non sanctionnées dans un ordre juridique

D'abord, les défenseurs de cette thèse constatent que les ordres juridiques historiques contiennent toujours des normes dépourvues de sanctions³². Ces normes non sanctionnées se trouvent surtout dans le domaine du droit constitutionnel³³. On sait que, dans plusieurs cas, les « constitutions contiennent des dispositions précises, des injonctions claires dont cependant la violation ne peut faire l'objet d'aucune réaction institutionnelle quelconque »³⁴.

Devant ce problème, « la théorie juridique classique a cru pouvoir sortir de la difficulté en inventant une catégorie étrange qu'elle qualifie de '*lex imperfecta*' »³⁵. Par exemple, Jean Dabin baptise le droit constitutionnel ou le droit international de « droit imparfait »³⁶.

Dans le même sens, une partie de la théorie juridique moderne maintient la définition de l'ordre juridique comme un ordre de contrainte, tout en acceptant qu'il peut y avoir des normes non sanctionnées dans un ordre juridique *grosso modo* sanctionné. Selon cette thèse, « la contrainte... est une caractéristique qui peut être

32. En ce sens voir, Perrin, *op. cit.*, p.84 ; Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p.222.

33. Par exemple Radomir D. Loukitch, dans sa thèse sur *La force obligatoire de la norme juridique*, écrit ceci : « En examinant la Constitution, nous avons vu qu'elle est une norme 'pure', non sanctionnée. Pourquoi alors oblige-t-elle, nous sommes-nous demandé ? Et comment est-il possible que tout l'ordre repose sur une norme 'pure', une norme non sanctionnée ? Logiquement ainsi, nous sommes arrivés au problème de la force obligatoire de la norme juridique » (Radomir D. Loukitch, *La force obligatoire de la norme juridique et le problème d'un droit objectif*, (Thèse, Université de Paris, Faculté de Droit), Paris, Les presses modernes, 1939, p.3).

34. Perrin, *op. cit.*, p.84 ; Voir également Riccardo Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in Paul Amselek (sous la direction de -), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1992, p.261 : « Dans tout système juridique il y a beaucoup de normes (par exemple, dans le droit public, et notamment dans le droit constitutionnel) qui ne sont pas du tout susceptibles d'une application juridictionnelle ».

35. Perrin, *op. cit.*, p.84.

36. Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, 2^e éd., 1953, p.51, cité par Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p.223.

attribuée à l'ordre juridique pris dans son ensemble, mais non à chacun de ses éléments »³⁷. Ainsi par exemple, d'après Guy Héraud,

« la sanction matérielle organisée est le propre de l'ordre juridique, bien qu'on ne puisse dire de chaque règle le composant qu'elle est effectivement sanctionnée, ni même qu'elle bénéficie à coup sûr d'une possibilité de sanction. La sanction, comme 'la plus grande force', est le caractère de l'ordre *in globo*, et non de ses éléments *ut singuli* »³⁸.

b. La thèse selon laquelle il ne pourrait pas y avoir de normes juridiques non sanctionnées

Par contre la deuxième thèse, défendue par Hans Kelsen, rejette totalement la catégorie de normes non sanctionnées. Selon lui, il ne pourrait pas y avoir de « normes juridiques dépourvues de sanction, c'est-à-dire des normes juridiques qui ordonneraient dans certaines conditions une certaine conduite humaine sans qu'une autre norme institue une sanction pour le cas de non-obéissance à la première »³⁹. Car, d'après Kelsen, une analyse plus serrée montre que les actes qui sont présentés comme des normes non sanctionnées sont, soit, des normes juridiquement irrelevantes, soit, des normes juridiques non indépendantes.

1. Les normes juridiquement irrelevantes. – Il est tout à fait naturel qu'un législateur puisse faire, conformément à sa procédure, un acte qui prescrive une certaine conduite humaine, « sans instituer un acte de contrainte comme sanction pour le cas d'une conduite contraire »⁴⁰. Selon Kelsen,

« en ce cas, si la norme fondamentale supposée est formulée comme une norme qui institue des actes de contrainte, il est impossible de reconnaître à l'acte en question la signification objective correspondant à sa signification subjective ; la norme qui est sa signification subjective ne peut pas être interprétée comme une norme juridique, mais doit être considérée comme juridiquement irrelevante »⁴¹.

En outre, un acte accompli conformément à sa procédure peut être considéré comme juridiquement irrelevant, si la signification de cet acte n'a pas du tout

« le caractère d'une norme qui ordonne ou autorise ou habilite une conduite humaine. Une loi qui a été adoptée d'une façon parfaitement constitutionnelle peut avoir un contenu qui ne représente pas une norme d'aucune sorte, mais qui, par exemple, exprime une théorie religieuse ou politique, ainsi la proposition que le droit émane de Dieu ou que la loi est juste, ou qu'elle réalise l'intérêt du peuple entier »⁴².

Ainsi selon Kelsen, « il ne suffit pas que l'acte soit fait suivant une certaine procédure, il faut également et encore qu'il ait une certaine signification subjek-

37. Manuel Atienza, « Juridicité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.324.

38. Guy Héraud, « La validité juridique », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Faculté de Droit et de Sciences économiques de Toulouse, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, t.II, p.479.

39. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.72.

40. *Ibid.*, p.71.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*

tive »⁴³ ; c'est-à-dire qu'il ait un acte de volonté qui ordonne, autorise ou habilite une conduite humaine. Par conséquent selon Kelsen, on ne peut pas accepter la définition de l'ordre juridique comme simplement un ordre qui est posé conformément à la norme fondamentale, sans y joindre l'élément de contrainte. « Il suit de là, dit-il, qu'il faut rejeter toute définition du droit qui ne le caractérise pas comme un ordre de contrainte »⁴⁴.

2. *Les normes non indépendantes.* – D'autre part, selon Kelsen, la définition de l'ordre juridique comme ordre de contrainte peut être également maintenue à l'égard des normes qui n'instituent pas des actes de contrainte, mais qui donnent simplement le pouvoir de faire des actes, comme par exemple les normes de la constitution qui règlent la procédure de la législation et Cependant qui n'établissent aucune sanction pour le cas où elles ne sont pas observées. Car,

« ce sont des *normes non indépendantes*, qui simplement déterminent une des conditions auxquelles les actes de contraintes institués par d'autres normes doivent être ordonnés et être exécutés. Ce sont des normes qui attribuent à l'organe de la législation le pouvoir de créer des normes, mais qui n'ordonnent pas cette création de normes ; et, dans cette mesure, des sanctions n'entrent ici absolument pas en ligne de compte. Supposons que les dispositions de la Constitution ne soient pas observées ; *il en résulte seulement qu'il ne naît pas de normes juridiques valables ; les normes juridiques ainsi créées sont nulles et annulables* »⁴⁵.

Ainsi convient-il de parler ici brièvement de la distinction des normes primaires et des normes secondaires. Les *normes primaires* sont celles qui prescrivent une conduite humaine, tandis que les *normes secondaires* sont celles qui déterminent de quelle manière ces normes primaires doivent être énoncées⁴⁶. En d'autres termes, les normes secondaires sont des normes de compétence (métanormes) pour établir des normes primaires⁴⁷.

Hans Kelsen explique la notion des *normes non indépendantes* par les termes suivants : « si une norme prescrit une certaine conduite, et si une seconde norme institue une sanction pour le cas d'inobservation de la première, les deux normes sont essentiellement liées l'une à l'autre »⁴⁸. Par exemple les normes qui confèrent à un individu ou à un organe le pouvoir de créer des normes juridiques ont le caractère de normes juridiques non indépendantes⁴⁹. Un exemple illustrera cette catégorie de normes :

« Considérons la situation qui se présente lorsque dans un ordre juridique, le vol est légalement défendu une peine de prison. La condition de la peine ainsi instituée n'est nullement le seul fait qu'un individu a commis un délit. Il faut que le fait du délit soit établi,

43. *Ibid.*, p.72.

44. *Ibid.*, p.73.

45. *Ibid.*, p.70. C'est nous qui soulignons.

46. Michel Troper, « Norme (en théorie du droit) », in André-Jean ARNAUD (sous la direction de -), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.406.

47. Atienza, « Juridicité », in Arnaud, *op. cit.*, p.324.

48. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.74.

49. *Ibid.*, p.76.

selon une procédure déterminée par les normes de l'ordre juridique, par le tribunal qui en reçoit le pouvoir à cet effet ; il faut qu'en suite de cette constatation, ce tribunal ordonne une peine déterminée par la loi ou par le droit coutumier, et il faut enfin qu'un autre organe exécute cette peine. Le tribunal n'a le pouvoir de prononcer une peine contre le voleur suivant une certaine procédure que lorsqu'une norme générale attachant au vol une certaine peine a été créée suivant une procédure conforme à la Constitution. La norme de la Constitution qui habilite à la création de cette norme générale détermine l'une des conditions auxquelles la sanction est attachée »⁵⁰.

On peut ainsi voir apparaître le caractère de normes non indépendantes des règles de la constitution qui donnent le pouvoir de créer des normes générales en réglant l'organisation et la procédure de la législation, ainsi que des règles du Code de procédure pénale qui habilite à la création de ces normes individuelles. Toutes ces règles ne font que déterminer des conditions dans lesquelles les sanctions pénales doivent être réalisées. « L'accomplissement de tous les actes de contrainte institués par un ordre juridique est conditionné de cette façon »⁵¹. Ainsi

« la création conforme à la Constitution des normes générales à appliquer par les organes d'application de droit, et la création conforme à la loi des normes individuelles où ces organes ont à appliquer les normes générales, sont des conditions de l'accomplissement des actes de contrainte »⁵².

Kelsen conclut en disant qu'« il est juste de caractériser l'ordre juridique comme un ordre de contrainte en dépit du fait que toutes et chacune de ses normes ne statuent pas des actes des contrainte »⁵³. Car, premièrement, toutes les « normes qui n'instituent pas elles-mêmes un acte de contrainte sont des *normes non indépendantes*, puisqu'elles ne valent qu'en liaison avec d'autres qui instituent un acte de contrainte »⁵⁴. Et deuxièmement, « même toutes les normes qui instituent des actes de contrainte n'ordonnent pas toutes une certaine conduite »⁵⁵. Ce sont des *normes juridiquement irrelevantes*.

En résumé selon cette deuxième thèse, dans un ordre juridique, il ne pourrait pas exister de normes juridiques non sanctionnées. Les normes qui sont présentées comme des normes non sanctionnées sont, en effet soit des *normes juridiquement irrelevantes*, soit, des *normes juridiques non indépendantes*.

Maintenant revenons à la question de savoir si les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels sont sanctionnées.

2. Les limites à la révision constitutionnelle sont-elles sanctionnées ?

On se rappellera que, selon plusieurs auteurs, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les constitutions sont privées de valeur juridique, car elles

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*, p.77.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*, p.78.

54. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

55. *Ibid.*

ne sont pas sanctionnées. Il est vrai que les constitutions en général ne prévoient pas de sanctions précises pour ces limites en cas de leur transgression. D'ailleurs, même les auteurs qui acceptent la valeur juridique des ces limites avouent qu'une sanction directe et juridique leur paraît impossible à trouver⁵⁶. Alors comment peut-on résoudre cette question ?

On peut envisager deux solutions.

a. La première solution

Selon une première solution, on peut maintenir le caractère juridique des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les constitutions, malgré l'absence de sanction, en cas de leur transgression. En d'autres termes, ces limites ont le caractère juridique, même si elles sont dépourvues de sanction. Car, comme on l'a vu plus haut, selon une thèse, il peut y avoir des normes non sanctionnées dans un ordre juridique, pris dans son ensemble, appuyé sur la sanction. D'après cette thèse, la sanction, « est une caractéristique qui peut être attribuée à l'ordre juridique pris dans son ensemble, mais non à chacun de ses éléments »⁵⁷. Par exemple selon Guy Héraud, la sanction « est le caractère de l'ordre juridique *in globo*, et non de ses éléments *ut singuli* »⁵⁸.

Ainsi selon cette solution, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les constitutions ont la valeur juridique, bien qu'elles ne soient pas effectivement sanctionnées. En d'autres termes, selon cette interprétation, l'absence de sanction de ces limites n'enlève pas leur valeur juridique. Car, dans cette interprétation, pour qu'une norme ait le caractère juridique, il lui suffit d'appartenir à un ordre juridique déterminé, même s'il n'est pas prévu pour elle de sanction à part en cas de sa transgression. Mais ceci à la seule condition que l'ordre juridique auquel appartient la norme en question, pris dans son ensemble, soit sanctionné. Autrement dit, un ordre juridique *in globo* sanctionné peut comporter des normes juridiques dépourvues de sanction. Cependant, ces normes non sanctionnées ne sont pas privées de caractère juridique, si elles font partie d'un ordre juridique déterminé.

Les constitutions contiennent souvent des normes non sanctionnées. Selon cette interprétation, puisque ces normes font partie de l'ordre juridique, elles ont la valeur juridique. De plus, ceci est un phénomène tout à fait normal. Parce que dans la pyramide normative, plus on monte vers le sommet, plus on rencontre de normes non sanctionnées. A vrai dire, quand on monte des normes inférieures vers les normes supérieures, la possibilité d'appliquer les sanctions diminue ; et enfin, quand on atteint la source du pouvoir, c'est-à-dire le pouvoir constituant originaire, cette possibilité disparaît totalement. A cet égard, on peut même affirmer que la plupart des normes de constitution sont des normes non sanctionnées, car elles se trouvent au sommet de la pyramide normative, c'est-à-dire très proches du pouvoir

56. Voir par exemple Esmein, *op. cit.*, t.II, p.549.

57. Atienza, « Juridicité », in Arnaud, *op. cit.*, p.324.

58. Héraud, « La validité juridique », *op. cit.*, p.476.

constituant originaire. Cependant cette absence de sanction n'élimine pas leur caractère juridique, car elles se trouvent, non pas en dehors, mais *dans* la pyramide juridique, et même à son sommet.

b. La deuxième solution

Par contre selon la deuxième solution, inspirée de l'interprétation de Kelsen sur les normes non indépendantes, ici, il n'y a qu'un faux problème. Car, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les constitutions ne sont pas en effet privées de sanctions. Parce que ce sont des *normes non indépendantes*, autrement dit des *normes secondaires*. Comme on l'a déjà vu, ces normes sont des normes de compétence pour établir les normes primaires. En d'autres termes, ce sont des normes qui donnent le pouvoir de créer d'autres normes juridiques.

Selon cette solution, les dispositions de la constitution qui règlent la création des lois de révision constitutionnelle, ainsi que celles qui limitent ces mêmes lois sur tel ou tel point ou bien pendant un certain temps, sont de nature de normes secondaires. Car elles sont des normes qui donnent le pouvoir de réviser la constitution ou bien qui limitent ce même pouvoir ; autrement dit elles sont des normes de compétence. Si ces normes ne sont pas observées, il en résulte seulement qu'*il ne naît pas de lois de révision constitutionnelle valables. Par conséquent, les lois de révision constitutionnelle ainsi créées sont nulles ou annulables*⁵⁹.

Mais comment, c'est-à-dire par quels organes et suivant quelles procédures ? Dans la deuxième partie de notre thèse, nous allons discuter de ce problème, c'est-à-dire celui de l'invalidation des lois de révision constitutionnelle créées contrairement aux dispositions de la constitution qui règlent leur création.

* * *

En conclusion, on ne peut pas catégoriquement affirmer que les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont des normes non sanctionnées. Du point de vue de la théorie du droit, elles sont des normes secondaires, et par conséquent elles sont sanctionnées lorsque l'invalidation des lois constitutionnelles édictées contrairement à ces limites est possible. Alors, concernant les sanctions des limites à la révision constitutionnelle, la question-clé est celle de savoir si les lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle peuvent être invalidées. La réponse affirmative à cette question dépend de l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Nous avons examiné le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, dans la deuxième partie de notre thèse⁶⁰, d'abord dans un cadre théorique⁶¹, ensuite sur le plan pratique⁶², à partir de la jurisprudence des cours

59. Par analogie de l'argumentation de Kelsen, (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p.70).

60. Deuxième partie, Titre 2.

61. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 1.

constitutionnelles de différents pays. En se reportant à nos conclusions de la deuxième partie, notons que dans un pays où il y a un contrôle de la constitutionnalité des lois, si la constitution n'interdit pas expressément au juge constitutionnel de se prononcer sur les lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ne peut être théoriquement exclu. Le juge constitutionnel peut se déclarer compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Comme nous allons voir, les Cours constitutionnelles allemande⁶³, autrichienne⁶⁴ et turque⁶⁵ se sont déjà déclarées compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Egalement la Cour suprême des Etats-Unis⁶⁶ a contrôlé la constitutionnalité de plusieurs amendements constitutionnels.

Ainsi, *dans les pays où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible*, les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées par la décision de l'organe chargé de ce contrôle.

Par contre, *dans les pays où il n'existe pas un tel contrôle* (par exemple, en France, en ce qui concerne les lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum⁶⁷), les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas sanctionnées.

En conclusion, nous pensons que l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est décisive pour la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les constitutions. Et si ces limites ne sont pas sanctionnées, le pouvoir de révision constitutionnelle a toujours le choix entre s'y conformer et ne pas s'y conformer. Par conséquent ces limites perdraient leur valeur juridique.

Ainsi, affirmons-nous la conclusion ci-dessus, selon laquelle l'absence de sanction entraîne inévitablement l'absence de valeur juridique des ces limites. Ainsi, répétons encore une fois que dans les pays où il existe le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées, et par conséquent, elles ont la valeur juridique ; en revanche, dans les pays où il n'existe pas un tel contrôle, ces limites seront dépourvues de sanction, ainsi que de valeur juridique. Et à la fin de notre deuxième partie, nous apporterons une réponse concrète à la question de savoir dans quels pays les limites à la révision constitutionnelle sont sanctionnées, par conséquent, si elles ont la valeur juridique, et dans quels pays elles ne le sont pas, par conséquent si elles sont privées de valeur juridique.

En conséquence, nous pouvons affirmer que l'argument de l'absence de sanction qui était invoqué en faveur de la thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique ne peut pas être *catégori-*

62. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2.

63. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1, A.

64. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1, B.

65. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

66. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1.

67. Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, A.

quement retenu, car il y a des pays où ces limites sont sanctionnées. De plus dans les pays où elles ne sont pas sanctionnées, si la constitution n'interdit pas expressément au juge constitutionnel de se prononcer sur les lois constitutionnelles, le juge constitutionnel se déclarera compétent pour contrôler la constitutionnalité de ces lois. Bref, l'argument de l'absence de sanction s'effondre dans l'hypothèse de l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Le dilemme de la sanction

En dernier lieu, en ce qui concerne la question de sanction, on peut parler d'un *dilemme*. Car, *d'une part*, comme on vient de l'expliquer, pour que les limites à la révision constitutionnelle soient valables, elles doivent être sanctionnées par le juge constitutionnel. Et *d'autre part*, comme on va le voir plus tard, pour que le juge constitutionnel puisse sanctionner ces limites, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle doivent être *valables*⁶⁸.

En d'autres termes, la *validité* des limites à la révision constitutionnelle dépend de leur sanction par le contrôle de constitutionnalité. Et leur *sanction* par le contrôle de constitutionnalité dépend de la validité de ces limites.

C'est pourquoi l'argument de l'absence de sanction est un argument paradoxal. A vrai dire cet argument peut servir à un observateur extérieur qui veut savoir si telle ou telle disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle est sanctionnée, et par conséquent valable, mais il ne peut pas servir au juge constitutionnel auquel on demande de statuer sur la validité d'une loi constitutionnelle, car s'il se déclare compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité de cette loi, cela signifie qu'il accepte la validité des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à cette loi constitutionnelle. En d'autres termes, la décision du juge signifie l'application de la sanction.

Alors, dire que pour que les limites à la révision constitutionnelle soient valables, il faut qu'elles soient sanctionnées par le juge constitutionnel, n'a aucun sens du point de vue juge constitutionnel. En effet, la décision du juge constitutionnel signifie l'application de la sanction ; et le juge constitutionnel doit savoir si ces limites sont valables ou non avant de prendre sa décision. En d'autres termes, l'argument de sanction n'est pas un critère utile pour le juge qui veut savoir si ces limites sont valables ou non. C'est pourquoi, l'argument de l'absence de sanction ne peut pas être invoqué devant le juge constitutionnel.

L'un des buts principaux de notre thèse est de savoir si le juge constitutionnel peut contrôler ou non la conformité des lois constitutionnelles aux dispositions de la constitution qui leur imposent des limites. C'est pourquoi nous laissons ici de côté l'argument de l'absence de sanction. Car, comme on vient de le voir, cet argument ne peut jouer aucun rôle devant le juge constitutionnel. Si le juge contrôle

68. Car le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est logiquement impossible s'il n'existe pas de limites valables s'imposant à ces lois. Nous allons voir ce problème en détail dans la deuxième partie de notre thèse (Titre 2, Chapitre 2).

ces lois, les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées, et s'il se déclare incompétent, ces limites seront non sanctionnées. C'est pourquoi le juge constitutionnel doit trancher ce débat, sans avoir fait référence à l'argument de sanction. Car tout simplement c'est sa décision qui sera la sanction de ces limites.

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 2

L'APPRECIATION GENERALE DE LA QUESTION

Après avoir vu les données du débat doctrinal classique sur la question de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle, dans cette section, nous essayerons de faire une appréciation générale de cette question. Notons toute suite que cette appréciation sera faite dans une approche positiviste du droit.

1. D'abord, comme *remarque préliminaire*, précisons *ce qu'on entend par l'expression « les limites à la révision constitutionnelle »*. Rappelons-nous que nous sommes sous le titre premier¹ qui est consacré à l'examen des limites à la révision constitutionnelle *inscrites dans les textes constitutionnels*. Par conséquent, les limites dont nous discutons ici la valeur sont sous la *forme* d'une disposition constitutionnelle. En effet, elles ne sont pas autre chose que des dispositions de la constitution qui règlent le pouvoir de révision et parfois qui lui imposent des limites. Autrement dit, à la place de l'expression « limites à la révision constitutionnelle », nous pouvons parfaitement utiliser celle de « dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle ». Dans ce cas, discuter la valeur juridique des « limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels » revient à discuter la valeur juridique des dispositions constitutionnelles. En d'autres termes, « cette limite (inscrite dans la constitution) est privée de toute valeur juridique » veut dire la même chose que « cette disposition de la constitution est privée de toute valeur juridique ». C'est pourquoi, le problème de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle se transforme en celui de savoir si les dispositions constitutionnelles ont la valeur juridique. En conséquence, celui qui veut savoir la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle doit raisonner sur la valeur juridique des dispositions de la constitution, non pas directement sur ces limites. Si les dispositions de la constitution en général ont la

1. Première partie, Titre 1.

valeur juridique, ces limites l'ont aussi. Bref il faut d'abord résoudre le problème de la valeur juridique des dispositions de la constitution.

Comme on peut le constater dans cette remarque préliminaire, conformément à notre approche formelle que nous avons annoncée dans l'introduction générale, nous recherchons la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle dans leur *forme*, non pas dans leur *contenu*. D'ailleurs, en restant dans la conception formelle de la constitution, on ne peut pas adopter une autre attitude. Car, comme on l'a déjà expliqué², dans cette conception, il n'y a pas de différence de valeur juridique entre les dispositions se trouvant dans la même constitution.

2. Comme deuxième remarque préliminaire, notons que nous préférons poser la question en terme d'« obligatorité » ou de « force obligatoire »³ au lieu de « valeur juridique ». Car, la « valeur juridique », étant un terme vague, comporte plusieurs sens⁴ ; alors que le terme « obligatorité » ou « force obligatoire » a un sens plus ou moins défini⁵.

Le terme « obligatorité », étant un néologisme construit sur l'adjectif « obligatoire » est défini comme « la qualité de ce qui est obligatoire » par le vocabulaire de Cornu⁶. Et l'adjectif « obligatoire » est défini par le même vocabulaire comme « qui oblige juridiquement »⁷. Ainsi le vocabulaire de Cornu note que ce terme est employé lorsqu'il y a « une disposition qui s'impose aux sujets de droit... un comportement positif qui leur est imposé »⁸. C'est exactement la question qui se

2. Titre préliminaire, Chapitre 1, § 1.

3. Michel Virally trouve le terme « force obligatoire » moins barbare que celui d'« obligatorité » (Michel Virally, « Notes sur la validité du droit et son fondement », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, p.455.

4. Pour les différents sens du terme de « valeur juridique » voir : José Manuel Delgado Ocampo, « Valeur », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.633-635.

5. Cependant selon Alf Ross, la force obligatoire n'est non plus une qualité objective. Comme le remarque Riccardo Guastini, « d'après Ross, cette mystérieuse 'force contraignante', n'étant pas une qualité empirique et donc observable, n'est pas non plus une qualité objective, et donc les jugements de validité (en ce sens du mot 'validité') ne peuvent être que des prescriptions. L'affirmation qu'une certaine norme doit être observée ne peut pas être interprétée comme un énoncé descriptif. Le contenu d'une telle affirmation n'est que l'obligation d'obéir à la norme dont elle parle » (Riccardo Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1994, 253.

6. Gérard Cornu (sous la direction de-) *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 3^e édition, 1992, p.550 : « *Obligatorité* (Néol. construit sur obligatoire) : Qualité de ce qui est obligatoire ; pouvoir d'obliger inhérent à la règle de droit ».

7. Cornu, *op. cit.*, p.550. « *Obligatoire* : 1. Qui oblige juridiquement (en droit) normatif, qui a pour les sujets de droit le caractère d'une obligation, en tant que pièces de l'ordre juridique, du Droit objectif, en ce sens toute règle de droit, toute loi, toute coutume a une force obligatoire... 2. Exigé, requis, nécessaire, forcé par opposition à facultatif : se dit notamment d'une disposition qui s'impose aux sujets de droit, d'un comportement positif qui leur est imposé » (*op. cit.*, p.549-550).

D'autre part, le dictionnaire *Petit Robert* définit le mot « obligatoire » comme « *qui a la force d'obliger* » et le verbe « obliger » comme « *assujettir par une obligation d'ordre juridique* ».

8. Cornu, *op. cit.*, p.550.

pose dans ce chapitre : c'est-à-dire celle de savoir si ces limites obligent ou non juridiquement leur destinataire, autrement dit, si elles s'imposent ou non à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

3. Et si l'on pose le problème en ces termes, la question de la force obligatoire des limites à la révision constitutionnelle se transforme en celle de savoir si ces limites sont du droit, autrement dit, des normes juridiques. Car, comme le remarque H.L.A. Hart, « le trait général le plus caractéristique *du droit* à toute époque et en tout lieu est que son existence signifie que certains types de conduite humaine ne sont plus facultatifs, mais... *obligatoires* »⁹. D'ailleurs comme l'indique la définition du vocabulaire de Cornu, l'obligatorité, c'est le « pouvoir d'obliger *inhérent à la règle de droit* »¹⁰, ainsi que « toute règle de droit, toute loi, toute coutume a une force obligatoire »¹¹. Cela veut dire que s'il existe une norme *de droit*, elle sera nécessairement *obligatoire*. Alors nous pouvons définir l'obligatorité ou la force obligatoire d'une norme comme son *caractère d'être du droit*. Pour l'instant appelons ce caractère d'être du droit, la « juridicité ». Nous établissons donc une équation entre la « juridicité » et la « force obligatoire » d'une norme. Alors dans cette acception, on peut affirmer que la juridicité d'une norme est une condition nécessaire et suffisante de sa force obligatoire. Par conséquent, établir la juridicité d'une norme revient à établir sa force obligatoire. Alors si l'on montre la juridicité d'une norme, il sera inutile de discuter sa force obligatoire, car elle sera par hypothèse même obligatoire. En conclusion pour montrer la force obligatoire d'une norme, il suffit d'établir son caractère du droit, c'est-à-dire, sa juridicité.

Il en va de même pour le problème de la force obligatoire des limites à la révision constitutionnelle. Pour résoudre ce problème, il suffit donc de montrer leur caractère juridique, c'est-à-dire en un mot leur *juridicité*.

4. Mais notons que la notion de « juridicité », dans le sens où nous l'avons utilisée en haut, est une expression synonyme de la « validité »¹². Car, la validité est le caractère existant d'une norme *juridique*. Autrement dit, la validité est une référence à la régularité du mode de production des normes juridiques¹³. C'est-à-dire qu'une norme juridique est valable si elle est produite régulièrement. En d'autres termes, comme le remarque Alexander Peczenik, les termes « droit valable » et « droit », tous les deux, veulent dire la même chose. La caractéristique du droit, c'est la validité. Parler de « droit non valable » est un non sens. Le terme « droit » est la forme courte du terme « droit valable »¹⁴. Ainsi dans le même sens, Michel Virally note qu'« il suffirait de parler de normes juridiques, sans y ajouter le

9. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p.19.

10. Cornu, *op. cit.*, p.550.

11. *Ibid.*, p.549.

12. Pour les relations entre les notions de juridicité et de validité voir Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, p.95-96.

13. *Ibid.*

14. Alexander Peczenik, « The Concept 'Valid Law' », *Scandinavian Studies in Law*, 1972, Vol.16, p.214.

qualificatif : 'valables' »¹⁵. Alors dans cette perspective, ou le mot « juridicité » ou bien celui de « validité » est inutile. Il faut choisir l'un d'entre eux.

Ici nous avons préféré la notion de « validité » au lieu de « juridicité ». Car, comme on va le voir plus tard¹⁶, nous avons employé le terme « juridicité » pour désigner le caractère hypothétique par lequel les normes juridiques peuvent être mises à part de l'ensemble des normes de conduite sociale¹⁷. En d'autres termes, le problème de la juridicité d'une norme se situe par rapport au problème de la démarcation entre le « social » et le « juridique »¹⁸. Bref, dans notre thèse, nous employons le terme « juridicité » comme la « ligne de partage entre le droit et le social », non pas comme le caractère de l'existence d'une norme juridique. C'est-à-dire que lorsque nous parlons d'une norme juridique, nous voulons dire par là qu'il s'agit d'une norme « juridique », non pas, par exemple, sociale ou morale ou religieuse. En revanche, lorsque nous parlons d'une norme juridique *valable*, ou de la *validité* d'une norme juridique, nous voulons dire par là qu'il s'agit d'une norme juridique qui présente les qualités requises pour produire ses effets¹⁹.

5. Reprenons maintenant notre conclusion sur la force obligatoire d'une norme en utilisant le terme « validité », au lieu de celui « juridicité ». Nous pouvons alors affirmer qu'il y a une équation entre la « validité » et la « force obligatoire » d'une norme. Autrement dit, « cette norme est valable » veut dire la même chose que « cette norme est obligatoire ».

Hans Kelsen affirme la même équation. A vrai dire chez Kelsen, il y a une équation entre l'« existence », la « validité » et la « force obligatoire » d'une norme²⁰. Comme on va l'expliquer plus tard²¹, selon Kelsen, d'une part la validité d'une norme juridique implique sa force obligatoire ; et d'autre part la validité n'est pas un attribut de la norme, mais son existence spécifique, c'est-à-dire son existence dans un ordre juridique. En d'autres termes, si une norme *existe* dans un ordre juridique, elle est *valable* ; et si elle est valable, elle est *obligatoire* aussi²². Car selon Kelsen, « dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains est valable (*gilt*), c'est affirmer qu'elle est obligatoire (*verbindlich*), que ces individus

15. Virally, « Notes sur la validité du droit et son fondement », *op. cit.*, p.458.

16. Voir *infra*, Cette section, Sous-section 1, § 1, C.

17. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, p.175.

18. Perrin, *op. cit.*, p.77-78.

19. François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p.264.

20. Pour l'équation kelsénienne « existence=validité=obligatorité », voir Franco Modugno, « Validità », in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè editore, Varese, 1993, p.6.

21. Cette section, Sous-section 1, § 2, C.

22. Riccardo Guastini fait la même remarque. Selon lui, dans la *Théorie pure du droit*, « la 'validité' signifie force contraignante. Dire qu'une certaine norme existe signifie donc qu'une telle norme est obligatoire, et qu'elle doit être observée. Une norme qui n'est pas contraignante est une norme qui n'existe pas, donc elle n'est pas du tout une norme. En d'autres termes, le caractère obligatoire ou la force contraignante sont des traits constitutifs de la notion même de norme : ils appartiennent à la définition de 'norme' » (Guastini, « Alf Ross... », *op. cit.*, p.257). Ainsi on peut conclure que dans la *Théorie pure du droit*, la validité d'une norme découle de son existence (*Ibid.*, p.258).

doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit »²³. Dans sa *Théorie pure du droit*, Kelsen utilise à peu près dans le même sens les notions d'existence, de validité et de force obligatoire. Pour lui, la validité d'une norme, c'est-à-dire son existence dans un ordre juridique, n'est pas autre chose que sa force obligatoire. Par exemple Kelsen parle d'« une norme *valable*, c'est-à-dire *obligatoire* pour son adressataire »²⁴ ; ou de « la *validité* de cette Constitution », c'est-à-dire « *son caractère de norme obligatoire* »²⁵ ; ou il parle encore de la « norme *valable obligeant* le destinataire »²⁶ ; ou bien de « norme... [qui]... *vaut* objectivement comme norme *obligatoire* »²⁷ ; ou bien enfin d'« une 'norme' qui '*vaut*', qui '*est en vigueur*', qui *lie* le destinataire »²⁸. « Par validité, nous entendons, dit Kelsen, le caractère obligatoire de cet ordre de contrainte²⁹. Ce mot exprime l'idée que les individus doivent appliquer et observer les normes qui règlent leur conduite »³⁰. En conclusion, selon Kelsen, l'idée d'« être obligatoire » ou d'« obliger » est un caractère essentiel de la norme juridique valable³¹.

Alors on peut affirmer qu'il y a une équation entre la « validité » et la « force obligatoire » d'une norme juridique en général³² et d'une limite à la révision constitutionnelle en particulier. En d'autres termes, « cette limite à la révision constitutionnelle est valable » veut dire la même chose que « cette limite est obligatoire ». Par conséquent, pour résoudre le problème de la force obligatoire des limites à la révision constitutionnelle, il faut établir leur validité.

23. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.255.

24. *Ibid.*, p.257. C'est nous qui soulignons.

25. *Ibid.*, p.265. C'est nous qui soulignons.

26. *Ibid.*, p.11. C'est nous qui soulignons.

27. *Ibid.*, p.12. C'est nous qui soulignons.

28. *Ibid.*, p.11. C'est nous qui soulignons.

29. Kelsen entend ici par « cet ordre de contrainte », l'« ordre juridique ».

30. Hans Kelsen, « Quel est le fondement de la validité du droit ? », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, juillet - septembre 1956, p. 161. « En effet, la force obligatoire est un élément essentiel de la notion du droit positif » (*Ibid.*, p.162).

31. Extrait de : Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Ed.XXX, p.21, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles, Paris, E.Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, p.78.

32. Cependant Alf Ross n'est pas de même avis. Comme le remarque Riccardo Guastini, selon Ross « décrire le droit est une chose tout à fait différente que de lui attribuer une force contraignante. Et, d'autre part, dire qu'une certaine norme est contraignante ou obligatoire n'est pas décrire cette norme mais l'approuver. La prétendue force contraignante d'une norme est une chose bien différente de son existence. Le droit existant peut et doit être décrit d'une façon purement empirique, indépendamment de son acceptation ou de son refus » (Guastini, « Alf Ross... », *op. cit.*, p.258). Pour le refus de l'équation « validité=obligatorité » voir encore : Virally, « Notes sur la validité... », *op. cit.*, p.455 : « Elle [l'obligatorité] désigne, en réalité, l'autorité spécifique dont le droit est revêtu vis-à-vis de ses sujets... La validité ne se confond pas avec cette autorité spécifique du droit, mais elle en est la condition, ou, tout au moins le sceau, en ce sens que seul le droit valable est revêtu d'une telle autorité ». Ainsi que voir Marc Vanquickenborne, « Quelques réflexions sur la notion de validité », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p.189 : « La validité d'une norme et sa force exécutoire sont deux choses différentes ».

6. En conclusion, *la force obligatoire des limites à la révision constitutionnelle dépend de leur validité juridique*. Alors, dans ce cas, au lieu de discuter le bien-fondé des thèses classiques sur la valeur juridique de ces limites, il suffit de montrer simplement la validité de ces limites. Car si elles sont valables, elles seront nécessairement obligatoires. Ainsi *la question de la force obligatoire de ces limites se transforme en celle de leur validité juridique*.

Bref, pour qu'une limite à la révision constitutionnelle soit obligatoire, elle doit être valable. Dans ce cas, nous devons examiner *les conditions de la validité des limites à la révision constitutionnelle*. En d'autres termes, la question qui se pose ici est alors celle de savoir quelles sont les conditions que doivent remplir les limites à la révision constitutionnelle pour être valable.

En effet, pour pouvoir déterminer les conditions de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle, il faut d'abord voir la *notion de validité juridique* elle-même.

Alors le plan de cette section s'affiche comme suit :

Sous-section 1. - La notion de validité juridique

Sous-section 2. - Les conditions de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle

Sous-section 1

LA NOTION DE VALIDITE JURIDIQUE

Avant de définir la notion de validité juridique elle-même, il convient d'abord de voir trois questions préliminaires, comme celles de l'*existence matérielle*, de la *normativité* et de la *juridicité* d'un acte. Parce que, pour qu'on puisse parler de validité juridique, il faut qu'il *existe* d'abord une *norme juridique*. Autrement dit, la notion de validité juridique est relative à une norme juridique existante. Cela veut dire que, avant de déterminer la validité d'un acte, il faut premièrement établir son *existence matérielle* (c'est-à-dire, son support concret), deuxièmement sa *normativité* (c'est-à-dire, sa signification de norme), et troisièmement sa *juridicité* (c'est-à-dire son caractère juridique, non pas par exemple social).

§ 1. LES TROIS QUESTIONS PRELIMINAIRES

Comme on vient de le dire, nous allons examiner ici les questions de l'*existence matérielle*, de la *normativité* et de la *juridicité* d'un acte.

A. L'EXISTENCE MATERIELLE¹

Quand on parle de la validité juridique d'un acte, la première question qui se pose à son égard est celle de son *existence matérielle*². Car un acte matériellement *inexistant* ne peut faire l'objet d'aucune qualification juridique.

1. Notons que la question de l'« existence matérielle » correspond à ce qu'Alexander Peczenik appelle la « question bibliographique de la validité juridique ». En effet, Alexander Peczenik analyse le concept de validité avec une méthode qui comporte quatre opérations. La première opération consiste dans l'énumération des règles que les juristes considèrent comme légalement valables. A cet égard, on peut dire que notre première notion (existence matérielle) est l'équivalent de la première opération (énumération) de la méthode descriptive d'Alexander Peczenik. Il affirme que « la question 'quelles règles sont-elles légalement valables dans un pays donné ?' peut être résolue sans aucune définition générale de droit valable. A la faculté de droit et dans son métier, chaque juriste compétent acquiert beaucoup d'informations détaillées sur cette question. Cette information est plus *bibliographique* que théorique » (Peczenik, « The Concept 'Valid Law' », *op. cit.*, p.214-215. C'est nous qui soulignons.)

Par l'existence *matérielle*³ d'un acte, on entend l'existence d'un support concret, comme un document ou une parole rituelle, en un mot, un *instrumentum*⁴. En d'autres termes, avant de faire l'objet d'une qualification juridique d'un acte, il faut d'abord établir l'existence de l'*instrumentum*, par exemple, le document dans lequel se trouve cet acte. Dans les systèmes modernes du droit, on peut établir l'existence matérielle d'une loi en consultant le *Journal officiel*, c'est-à-dire, un recueil imprimé au nom du gouvernement⁵.

On peut facilement établir l'existence matérielle des limites à la révision constitutionnelle prévues par le texte de la constitution. Elles se trouvent dans un document officiel, publié au Journal officiel, comme loi constitutionnelle. Par exemple en France, les limites à la révision constitutionnelle prévues par les articles 7 et 89 (al.4 et 5) de la Constitution de 1958 matériellement existent, car elles se trouvent dans le texte de la loi constitutionnelle du 4 octobre 1958 publié au *Journal officiel de la République française* du 5 octobre 1958. Les exemples sont nombreux. A vrai dire, le chapitre précédent qui est consacré au « inventaire des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels » est une parfaite illustration de l'existence matérielle de ces limites⁶.

On peut ainsi conclure que les limites à la révision constitutionnelle prévues par le texte de la constitution sont matériellement existantes. Elles sont dans la forme des dispositions constitutionnelles ; plus précisément elles sont des dispositions de la constitution qui règlent le pouvoir de révision et parfois qui lui imposent des limites.

Dans le chapitre « l'inventaire des limites à la révision constitutionnelle prévues par la constitution », on se rappellera que nous avons examiné ces limites en les divisant en trois comme les *limites de fond*, les *limites de temps* et les *conditions de forme*. Maintenant, nous pouvons affirmer que, du point de vue de leur existence matérielle, il n'existe aucune différence entre elles. Elles peuvent avoir ou non la même valeur juridique en tant que limites se trouvant dans le même texte constitutionnel. Elles sont prévues par la constitution ; c'est-à-dire, elles sont dans la forme des dispositions constitutionnelles. Si l'une d'entre elles a la valeur juridique, les autres l'ont aussi. Dans la logique de la conception formelle de la constitution, la

2. Ost et van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p.259 ; François Ost, « Validité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.636.

3. Il convient de souligner l'adjectif « matérielle », parce qu'il y a des auteurs, par exemple Kelsen, qui parlent de la validité comme existence *spécifique* des normes, c'est-à-dire l'existence dans un ordre juridique.

4. Ost et van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p.259 ; Ost, « Validité », *op. cit.*, p.636.

5. Il est évident que l'existence matérielle d'une règle coutumière ne peut pas être établie par la même méthode. Cependant cette règle n'est pas privée de l'existence matérielle, car elle a un *instrumentum*.

6. Par contre, les limites à la révision constitutionnelle non-inscrites dans les textes constitutionnels sont dénuées de l'existence matérielle. Car, ces limites ne figurent pas dans un document. Elles sont de nature des principes déduits d'une certaine interprétation doctrinale, ou d'une certaine philosophie politique (Voir *infra*, cette partie, Titre 2).

différence de contenu ne peut avoir aucun effet sur la valeur juridique d'une disposition constitutionnelle.

A cet égard, si l'on regarde notre débat classique ci-dessus⁷ sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle, on peut faire quelques remarques.

• **L'appréciation de deux thèses classiques sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle à la lumière de la notion de l'existence matérielle**

D'abord, les deux thèses opposées sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle que nous avons vues dans la section précédente⁸ ont été développées essentiellement pour les *limites de fond*, c'est-à-dire, pour les dispositions de la constitution qui interdisent de réviser la constitution sur tel ou tel point, comme la forme républicaine du gouvernement (par exemple l'alinéa 5 de l'article 89 de la Constitution française). Rappelons-nous que ces limites sont très variées⁹. Il y a des *limites de fond*¹⁰ comme on vient de les mentionner, il y a aussi des *limites de temps*¹¹ comme l'interdiction de réviser la constitution pendant un certain laps de temps (par ex. l'alinéa 4 de l'article 89 de la Constitution française) ; il y a encore des *conditions de forme et de procédure*¹².

Les auteurs discutent surtout la valeur juridique des limites de fond et rarement celle des limites de temps et presque jamais celle des conditions de forme et de procédure.

Il est significatif de voir que certains auteurs qui refusent la valeur juridique des limites de fond (par ex. l'intangibilité du régime) acceptent la valeur juridique des limites de temps. Par exemple Georges Burdeau affirme que la disposition qui prévoit l'intangibilité de la forme républicaine du gouvernement a une

« signification politique... Elle est difficilement *justifiable*, car, le pouvoir constituant d'un jour n'a aucun titre à limiter le pouvoir constituant de l'avenir et elle paraît peu efficace car on peut toujours réviser l'article qui limite le droit de réviser la Constitution »¹³.

Cependant il est curieux de voir que le même auteur accepte la valeur juridique des limites de temps.

7. Ce chapitre, Section 1.

8. Ce chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1 (La thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique), et § 2 (La thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle ont la valeur juridique).

9. Voir ce titre, Chapitre 1 (La typologie générale des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels, *supra*, p.117-135).

10. Voir ce titre, Chapitre 1, (La typologie générale : A, *supra*, p.118-120).

11. Voir ce titre, Chapitre 1, (La typologie générale : A, *supra*, p.120-123).

12. Voir ce titre, Chapitre 1, (La typologie générale : A, *supra*, p.123-135).

13. Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Hamon et Troper *op. cit.*, p.81. C'est nous qui soulignons.

« Au contraire, écrit-il, *est parfaitement régulier*,... le procédé qui consiste à interdire la révision pendant un certain laps de temps, soit que la constitution fixe un certain délai avant l'écoulement duquel la question de sa révision ne peut être posée, soit que la procédure qu'elle institue ne puisse aboutir qu'après un temps assez long. La première méthode *a surtout pour objet de permettre à une constitution nouvelle de se consolider*... L'allongement de la procédure *répond plutôt au souci d'empêcher les réformes trop hâtives* »¹⁴.

D'ailleurs, Georges Burdeau accepte aussi la valeur juridique de la disposition qui interdit de réviser la Constitution en cas d'occupation de tout ou partie du territoire par des forces étrangères. Selon lui, cette disposition *a pour objet* d'éviter ce qui s'est passé à Vichy le 10 juillet 1940.

« *L'intérêt* de cette disposition contrairement à l'interdiction de toucher à la forme républicaine du gouvernement, *est incontestable* car, en paralysant l'exercice de la souveraineté populaire, l'invasion rend impossible l'exercice du pouvoir constituant »¹⁵.

A notre avis, entre ces deux types de limites (celles de fond et celles de temps), il ne peut y avoir aucune différence de valeur juridique. Car les deux aussi sont prévues par la même constitution. Elles sont des dispositions de la constitution. Si l'une a la valeur juridique, l'autre aussi. Comme on l'a déjà dit, dans la conception formelle de la constitution, la différence de contenu entre les dispositions de la constitution ne peut avoir aucun effet sur leur valeur juridique.

D'ailleurs comme nous l'avons indiqué dans l'introduction générale, selon l'approche positiviste que nous avons adoptée dans ce travail, il n'appartient pas à la science du droit de justifier l'opportunité de telle ou telle disposition constitutionnelle. La tâche de la science du droit est seulement de décrire des normes juridiques en vigueur. Comme l'affirme Hans Kelsen, « une science doit décrire son objet tel qu'il est, et non pas prescrire ce qu'il devrait être ou ne devrait pas être du point de vue d'un certain jugement de valeur »¹⁶. Or, Georges Burdeau estime que l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement « est difficilement justifiable »¹⁷, alors que l'interdiction de réviser la constitution pendant un certain délai « est parfaitement régulière »¹⁸. Car, selon lui, cette dernière interdiction « a surtout pour objet de permettre à une constitution de se consolider »¹⁹. Comme on le voit clairement, Georges Burdeau ne fait pas une analyse descriptive de ces dispositions, mais une appréciation de leur opportunité. Répétons encore une fois que la tâche de la science du droit n'est pas de justifier l'opportunité d'une disposition, ni montrer son intérêt, mais seulement de la décrire.

On peut ainsi conclure que les limites à la révision constitutionnelle prévues par le texte de la constitution sont matériellement existantes. Elles sont dans la forme des dispositions constitutionnelles ; plus précisément elles sont des dispositions de la constitution qui règlent le pouvoir de révision et parfois qui lui imposent des limites.

14. *Ibid.*, p.81-82. C'est nous qui soulignons.

15. *Ibid.*, p.82. C'est nous qui soulignons.

16. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, p.xiv.

17. Burdeau, *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Hamon et Troper *op. cit.*, p.81.

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

L'existence matérielle des limites à la révision constitutionnelle prévues par le texte de la constitution étant ainsi établie, se pose ensuite une deuxième question portant sur leur *normativité* : ces limites ont-elles le caractère normatif ? Autrement dit, est-on en présence de normes ? Car, la notion de validité que nous examinons dans cette section est une qualification de « norme ». Par conséquent, pour que les limites à la révision constitutionnelle soient valables, elles doivent avoir le caractère normatif, c'est-à-dire qu'elles doivent être de nature de norme. Alors, maintenant voyons la question de la normativité des limites à la révision constitutionnelle.

B. LA NORMATIVITE

La question de la *normativité* d'un acte est une question de *signification*, non pas une question de son existence matérielle, de son support concret, de son document²⁰. En d'autres termes la norme n'est pas le texte d'un acte, mais sa signification. Alors, la question de la normativité d'un acte porte sur la *signification* qu'il convient d'attribuer au support matériel. Autrement dit cette question se concentre sur le point de savoir si le document auquel on est confronté a une *portée normative*²¹. En ce qui concerne les limites à la révision constitutionnelle, on peut se demander si l'on est ou non en présence des normes. En d'autres termes, les auteurs de ces limites ont-ils entendu déterminer la conduite d'autrui ou ont-ils voulu simplement exprimer une certaine théorie politique, religieuse, etc ?

Ainsi on débattrait ici la question de la normativité des limites à la révision constitutionnelle. Mais pour cela, il nous est nécessaire d'abord de voir brièvement la question de la normativité d'un acte en général, c'est-à-dire la *définition de la norme*.

A. Selon la théorie positiviste que nous suivons tout au long de notre thèse, la norme juridique se caractérise par deux éléments : d'une part, elle est un règlement de la conduite humaine, et d'autre part, elle est posée par la volonté humaine.

1. Selon Hans Kelsen, *la norme est tout d'abord un règlement de la conduite des êtres humains*²². En d'autres termes, une règle qui ne vise pas l'orientation des conduites humaines ne peut avoir le caractère normatif. Par conséquent, une chose qui règle la conduite des animaux, de plantes ou d'objets inanimés ne peut pas être une norme juridique²³.

20. La question de l'existence matérielle est relative à son support concret, tandis que celle de *normativité* de cet acte est relative à sa *signification*.

21. Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.261 ; Ost, « Validité », *op. cit.*, p.636.

22. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.7, 43 ; Kelsen, « Quel est le fondement de la validité du droit », *op. cit.*, p.161.

23. Hans Kelsen précise que dans les sociétés primitives les normes juridiques règlent également « la conduite des animaux, de plantes ou des choses inanimées, de la même façon que la conduite des hommes » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.43). Notons que selon la théorie de Kelsen, à condition qu'une norme juridique règle les conduites humaines, elle peut avoir n'importe quel contenu. Voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.262-263.

Ainsi tout ce qui se trouve dans un texte positif peut ne pas avoir un caractère normatif, parce que l'on peut mettre dans un texte positif un énoncé qui ne réglemente pas du tout une conduite humaine²⁴. A ce propos, Hans Kelsen parle de « normes juridiquement irrelevantes »²⁵. Selon lui,

« une loi qui a été adoptée d'une façon parfaitement constitutionnelle peut avoir un contenu qui ne représente pas une norme d'aucune sorte, mais qui, par exemple, exprime une théorie religieuse ou politique, ainsi la proposition que le droit émane de Dieu ou que la loi est juste, ou qu'elle réalise l'intérêt du peuple »²⁶.

Par exemple, selon un exemple donné par Georges Vedel, la proposition telle que « *le soleil se lève en toutes saisons à six heures du matin* » n'est pas une règle de droit, car il lui manque le caractère normatif²⁷.

Pour illustrer ce cas de figure, Michel Troper donne l'exemple du « décret de la Convention proclamant l'existence de Dieu et l'immortalité de l'âme »²⁸. On peut également rappeler que la Déclaration de 1789, dans son préambule évoque l'existence de Dieu :

« L'Assemblée nationale reconnaît et déclare, *en présence et sous les auspices de l'Être suprême*, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen »²⁹.

2. Ensuite, selon la théorie positiviste, *la norme est une création humaine*. Autrement dit, la norme est quelque chose qui a été posée par une volonté humaine³⁰. Par conséquent une chose non posée par une volonté humaine n'est pas une norme. Cela veut dire que les principes du droit naturel, « qui n'est pas posée par une volonté – tout au moins pas par une volonté humaine – n'est pas du

24. L'intervention de Michel Troper dans le débat suivi de sa communication sur « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 » présentée au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.32.

25. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.71.

26. *Ibid.*

27. Georges Vedel, « Place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, (Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989, p.54.

28. Troper, L'intervention au Colloque des 25 et 26 mai 1989, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, op. cit., p.32.

29. Voir à ce propos Thibaut Célérier, « Dieu dans la Constitution », *Les Petites affiches*, 5 juin 1991, n° 67, p.15-20. Il conclut que « par son approbation des termes de la Déclaration de 1789, la Constitution de 1958 est une constitution déiste » (*Ibid.*, p.20).

30. Voir Norberto Bobbio, « Kelsen et les sources du droit », *Revue internationale de philosophie*, 1981, n° 138, p.475. A ce propos, Kelsen écrit ceci : « Le droit positif est un ordre coercitif, dont les normes sont créées par des actes de volonté humains, c'est-à-dire créées par voie législative, judiciaire, administrative, ou par des coutumes constituées par des actes d'êtres humains » (Hans Kelsen, « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel » *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, Emile Bruylant, Paris, Sirey, 1963, p.141).

droit »³¹. Ainsi, selon Kelsen, la norme est un produit de l'acte de volonté humaine ; le concept de norme présuppose celui de volonté³².

Cependant Hans Kelsen n'admet pas que cette volonté soit elle-même créatrice de la norme. « Il faut, dit-il, distinguer nettement cette 'norme' de l'acte de volonté qui la pose »³³. Car *la norme est la signification spécifique de cet acte de volonté*. En effet, la norme est un « devoir être (*Sollen*) », alors que l'acte de volonté est un « être (*Sein*) »³⁴. Par exemple dans la proposition « A veut que B doive se conduire de telle façon »³⁵, la première partie « se rapporte à un *Sein*, le fait réel (*Seins-Tatsache*) de l'acte de volonté ; la seconde partie, à un *Sollen*, à une norme qui est la signification³⁶ de cet acte »³⁷.

Alors, la norme est la signification d'un acte de volonté humain, plus précisément une signification qui s'analyse dans un « devoir être (*Sollen*) ». Cela veut dire qu'une norme exprime toujours « l'idée que quelque chose *doit* être ou se produire, en particulier qu'un homme *doit* se conduire d'une certaine façon »³⁸. En d'autres termes, la norme est la signification de certains actes humains qui visent à provoquer une conduite d'autrui³⁹. Et les « actes portent en intention sur la conduite d'autrui, quand ils ont pour signification soit d'ordonner (ou commander) cette conduite, soit également de la permettre et en particulier de l'habiliter, c'est-à-dire de conférer à l'autre un certain pouvoir, en particulier le pouvoir de poser lui même des normes »⁴⁰.

31. Michel Troper, « Le positivisme comme théorie du droit (introduction) », in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E.Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, p.273.

32. Voir Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, p.216-227, (Extrait de-), in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.295.

33. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.7.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

36. En effet, il faut ici préciser que dans la théorie de Kelsen, il y a une distinction entre les significations subjective et objective d'un acte de volonté. Car, « un acte dont la signification subjective est une norme, c'est-à-dire l'idée qu'un individu doit se comporter d'une certaine manière, peut ne peut l'avoir objectivement : Quand un brigand vous ordonne de lui remettre votre portefeuille, la signification subjective de cet acte est que vous devriez faire ce qu'il ordonne. Mais vous n'interprétez pas cet acte comme ayant la signification objective d'une norme obligatoire » (Kelsen, « Quel est le fondement de la validité du droit ? », *op. cit.*, p.162). Ainsi ce que nous traitons sous la question de la normativité est la signification subjective d'un acte, la signification objective sera traitée plus tard sous la question de la validité proprement dite. Pour l'instant notons que la signification objective « ne vient pas de la volonté, ni de l'intention du sujet mais seulement d'une norme supérieure, de sorte qu'en définitive seul le droit crée du droit » (Troper, « Le positivisme comme théorie du droit » *op. cit.*, p.274). Ainsi, la signification subjective d'un acte de volonté est un problème de normativité alors que la signification objective de cet acte est un problème de validité juridique proprement dite.

37. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.7.

38. *Ibid.*, p.6.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*.

Ainsi Kelsen donne au verbe « devoir (*sollen*) » une signification plus large que sa signification habituelle. Dans le langage usuel, le verbe « devoir (*sollen*) » correspond au commandement, « avoir le droit de (*dürfen*) » à la permission, et enfin « pouvoir (*können*) » à l'habilitation. Mais tel, que l'emploie Kelsen, le terme « devoir (*sollen*) » correspond non seulement au commandement, mais aussi à la permission et à l'habilitation. En d'autres termes, « 'devoir (*sollen*)' comprend donc aussi 'avoir le droit de (*dürfen*)' et 'avoir le pouvoir (*können*)'. Car aussi bien que commander, une norme peut permettre et, en particulier, donner le pouvoir »⁴¹.

Par conséquent le terme « devoir (*sollen*) » désigne la signification normative de tout acte qui se rapporte en intention à la conduite d'autrui »⁴². En conclusion, on peut dire qu'« une norme est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »⁴³. Bref, une norme pose toujours un Sollen, c'est-à-dire un *ordre*, une *permission*, une *habilitation*⁴⁴.

* * *

B. Maintenant, à la lumière des ces explications générales relatives à la normativité, recherchons *si les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels ont le caractère normatif*.

Conformément au développement ci-dessus, on peut affirmer que pour que les limites à la révision constitutionnelle aient le caractère normatif, d'une part, elles doivent régler la conduites des êtres humains, et d'autres part, elles doivent être posées par la volonté humaine.

1. Les limites à la révision constitutionnelle réglementent la conduite du pouvoir de révision constitutionnelle. En effet, le titulaire de ce pouvoir est toujours un homme (le roi, le dictateur) ou des hommes (des représentants dans les procédures parlementaires ou des électeurs dans les procédures référendaires). Ces limites interdisent la conduite des ces hommes consistant à réviser la constitution sur tel ou tel point ou pendant un certain temps.

A cet égard, il convient de noter que la conduite des hommes qui est réglementée par les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution peut être imprécise. Par exemple, nous avons longuement discuté plus haut la signification de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement prévue par l'article 89, alinéa 5, de la Constitution française de 1958⁴⁵. Nous avons également signalé l'imprécision de certaines limites matérielles prévues par la Constitution turque de 1982 (par exemple, la « paix sociale », la « solidarité nationale », art. 2 en vertu de l'art. 4)⁴⁶. Cependant, il convient d'indiquer que l'imprécision d'une limite matérielle n'en supprime pas le caractère normatif. Car,

41. *Ibid.*, p.7.

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*, p.10.

45. Voir *supra*, cette partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

46. Voir *supra*, cette partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1.

comme l'a bien montré Georges Vedel, la normativité et l'imprécision sont deux choses différentes. Par exemple, la proposition selon laquelle « le soleil se lève en toutes saisons à six heures du matin »⁴⁷ ne peut avoir aucun contenu normatif⁴⁸. Par conséquent, aucun juge ne peut tirer quelque chose de cette proposition⁴⁹. « En revanche, il pourrait fort bien censurer une loi qui, en matière de calamités nationales, méconnaîtrait le principe de solidarité, car l'imprécision de la prescription n'en supprime pas le caractère normatif »⁵⁰.

2. Ensuite, les limites à la révision constitutionnelle sont des *créations humaines*. Autrement dit, elles sont posées par la volonté humaine. A cet égard, on peut douter de la normativité des dispositions de certaines constitutions qui déclarent intangibilité d'une religion. Par exemple, comme on l'a vu⁵¹, les Constitutions algérienne⁵² et marocaine⁵³ déclarent intangible le caractère islamique de l'Etat. Cependant à notre avis, les dispositions d'une constitution prévoyant l'intangibilité d'une religion ont le contenu normatif ; car, d'une part, elles sont posées par des hommes et non pas par le Dieu, et d'autre elles réglementent la conduite des hommes : elles interdisent aux hommes d'édicter des lois constitutionnelles contraires aux principes d'une certaine religion. Ainsi, au cas où le pouvoir de révision constitutionnelle édicte une loi constitutionnelle qui méconnaîtrait ces principes religieux, le juge constitutionnel peut l'invalidier. Car, du point de vue théorique, ces principes peuvent être parfaitement des mesures de censure d'une loi constitutionnelle.

En conclusion, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle ont la signification de norme. Car ces dispositions posent un *Sollen*, c'est-à-dire un *ordre*, une *permission* ou une *habilitation*. Ce *Sollen* peut être expliqué par rapport à celui des dispositions de la constitution qui règlent la création des lois constitutionnelles. C'est pourquoi expliquons d'abord le *Sollen* de ces dispositions : par les dispositions de la constitution qui règlent la création des lois constitutionnelles (par exemple, les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 89 de la Constitution française), le pouvoir constituant originaire habilite le pouvoir de révision à procéder à une révision constitutionnelle. Autrement dit, par ces dispositions, le pouvoir constituant originaire confère au pouvoir constituant dérivé le pouvoir de réviser la constitution, c'est-à-dire de poser lui-même des normes constitutionnelles. En d'autres termes, les dispositions de la constitution qui règlent la création des lois de révision constitutionnelle sont l'acte de volonté du pouvoir

47. Vedel, « Place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », *op. cit.*, p.54.

48. *Ibid.*, p.55.

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. Voir *supra*, cette partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

52. L'article 195 de la Constitution algérienne du 22 novembre 1976 (Texte établi par D. Beke, in Reyntjens et alii (éds.), *Constitutiones Africae*, *op. cit.*, Vol.I (Publication sur feuilles mobiles).

53. L'article 101 de la Constitution marocaine du 12 mars 1972 (Texte établi par A. Claissed et B. Zgani in Reyntjens et alii (éds.), *Constitutiones Africae*, *op. cit.*, Vol.III, Publication sur feuilles mobiles).

constituant originaire par lequel le pouvoir de révision constitutionnelle est habilité à réviser la constitution.

Mais ensuite, par les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à cette révision (par exemple, les alinéas 4 et 5 de l'article 89 de la Constitution française), le pouvoir constituant originaire limite l'habilitation qu'il a donnée à ce pouvoir. Ainsi le pouvoir de révision constitutionnelle est habilité à réviser la constitution *sauf* sur tel ou tel point (par ex. art.89, al.5) ou pendant un certain temps (par ex. art 89, al.4). Ces limitations aussi, c'est-à-dire les dispositions de la constitution qui prévoit des limites à la révision constitutionnelle, ont le caractère normatif. Car elles posent un *Sollen*, c'est-à-dire dans notre cas, un ordre, une prescription, à savoir celui de *ne pas réviser la constitution sur tel ou tel point ou pendant un certain temps*. Bref, les limites à la révision constitutionnelle prévues par les dispositions de la constitution ont le caractère normatif, car elles expriment un *Sollen*, elles posent une interdiction. En d'autres termes, les limites à la révision constitutionnelle prévues par les dispositions constitutionnelles sont la signification de l'acte de volonté du pouvoir constituant originaire par lequel une certaine conduite du pouvoir de révision constitutionnelle est interdite, à savoir celle de réviser la constitution sur tel ou tel point ou pendant un certain temps.

Ainsi nous arrivons à la conclusion suivante : *les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution ont le caractère normatif*.

* * *

Nous avons commencé notre argumentation en disant qu'une limite à la révision constitutionnelle, pour être valable, doit être d'abord matériellement existante ; et deuxièmement, avoir le caractère normatif. Nous venons de montrer que ces deux conditions préliminaires sont remplies. Les limites à la révision constitutionnelle prévues par la constitution sont matériellement existantes, et ont le caractère normatif.

Pourtant, ces deux conditions préliminaires (existence matérielle et normativité) sont des *conditions nécessaires mais non suffisantes*. Car les *normes* qui *existent* ne sont pas seulement des *normes juridiques* ; il y a aussi des normes sociales, morales, religieuses, etc. Alors, pour qu'une limite à la révision constitutionnelle matériellement existante soit valable, elle doit être une norme, et à son tour *cette norme doit être d'ordre juridique*. Il faut alors distinguer les normes juridiques des autres catégories de normes. Mais comment, c'est-à-dire par quels critères peut-on distinguer les normes juridiques des normes non juridiques ? Autrement dit, *qu'est-ce qui donne à une norme le caractère juridique ?*

Ainsi nous arrivons à la question de la *juridicité* des limites à la révision constitutionnelle.

C. LA JURIDICITE

La juridicité peut être définie comme « le caractère (par lequel) les règles de droit peuvent être mises à part de l'ensemble des règles de conduite sociale »⁵⁴. Autrement dit, la juridicité est ce qui donne à une norme le caractère « juridique »⁵⁵.

Alors qu'est ce qui donne à une norme le caractère juridique ? En d'autres termes, quel est le critère distinctif de la norme juridique des autres types de normes du comportement humain ? En un mot, *quel est le critère de la juridicité ?*

1. La recherche d'un critère de juridicité d'une norme

Michel Troper relève plusieurs critères qui ont été proposés en théorie du droit⁵⁶.

Par exemple selon un critère, tiré de l'objet de la norme, la norme juridique se définit « comme régulation d'un rapport intersubjectif des actions sociales. Elle s'opposerait ainsi à la norme morale, qui impose une obligation à un sujet isolé sans conférer en même temps des droits aux autres. Mais, ce critère ne permet pas de distinguer la norme juridique de la norme sociale »⁵⁷.

Selon un deuxième critère, tiré des fins de la norme, « la norme juridique aurait pour fin la conservation de la société. Mais on ignore ce qui est essentiel pour réaliser cette fin »⁵⁸.

Selon un troisième critère, tiré du sujet qui pose la norme, « la norme juridique serait celle qui est posée par le pouvoir souverain ou par ses délégués. Mais il n'existe pas de moyen simple d'identifier le pouvoir souverain ou ses délégués, sinon en disant que ce sont ceux qui posent des normes juridiques »⁵⁹.

Selon un quatrième critère, tiré de la conformité de la norme à la justice, la norme juridique serait celle qui est conforme à la justice. Mais, « il n'existe pas de critère permettant d'affirmer que telle norme est ou non conforme à la justice »⁶⁰.

Encore selon un autre critère, tiré du mode de sanction de l'inobservation de la norme, « la norme juridique serait celle qui serait assortie d'une sanction externe et institutionnalisée »⁶¹.

54. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, p.175.

55. Cf. Paul Amssek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : essai de phénoménologie juridique*, (Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques) Paris, L.G.D.J., 1964, p.217.

56. Michel Troper, « Norme (en théorie du droit) », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.407.

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*

59. *Ibid.*

Enfin, selon un dernier critère, tiré de l'appartenance de la norme à un ordre juridique, les normes juridiques sont celles qui appartiennent à un ordre juridique.

Nous allons discuter ici seulement les deux derniers critères.

a. Le critère de sanction : la norme juridique est celle qui est sanctionnée

Selon ce critère, la norme juridique est une norme « sanctionnée ». Mais qu'est-ce que la « sanction »?

La sanction est une contrainte produite comme une réaction à la violation de la norme. Cependant la sanction n'est pas n'importe quelle contrainte, mais uniquement celle qui est produite par la structure sociale⁶². Ainsi Michel Virally entend par sanction, « *une sanction socialement organisée, c'est-à-dire définie par le droit et attachée à la conduite contraire à celle ordonnée par une norme juridique* »⁶³.

Comme l'a bien montré Paul Amselek, *la définition de la juridicité de la norme par la sanction est insoutenable*. Car, selon cette définition, comme on vient de le dire, ce n'est pas n'importe quelle contrainte qui spécifie la « juridicité », mais seulement celle qui est « socialement organisée ». Or cette « organisation sociale » de la sanction est en réalité une organisation juridique⁶⁴. Ainsi Paul Amselek remarque que l'on tombe dans un cercle vicieux.

« La règle de droit est une règle pour laquelle il existe un mécanisme sanctionnateur, à la différence des autres normes non juridiques, mais ce mécanisme qui spécifierait la règle de droit, est visé par les auteurs en tant qu'il est lui-même institué par une règle de droit. On en vient nécessairement à faire entrer la 'sanction' en question dans le contenu de certaines règles de droit elles-mêmes et ainsi à la rendre inapte à constituer un élément extérieur caractéristique de toutes les règles de droit. La règle de droit serait, en somme, la règle juridiquement sanctionnée »⁶⁵ !

En effet, comme le note Jean-François Perrin, « la sanction est une norme au service d'une autre norme »⁶⁶.

Ainsi nous arrivons au critère kelsénien, c'est-à-dire le critère d'appartenance de la norme à un ordre juridique déterminé.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*

62. Perrin, *op. cit.*, p.85.

63. Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1961, p.68.

64. Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p.222. D'ailleurs Michel Virally aussi définit la sanction comme telle : « une sanction socialement organisée, c'est-à-dire, *définie par le droit* et attachée à la conduite contraire à celle ordonnée par une norme juridique » (Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 68. C'est nous qui soulignons.)

65. Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p.222.

66. Perrin, *op. cit.*, p.93.

b. Le critère d'appartenance : la norme juridique est celle qui appartient à un ordre juridique

Tout d'abord nous devons noter que dans la théorie de Kelsen il n'y a pas de différence entre les notions « juridicité » et « validité » d'une norme. A vrai dire, Hans Kelsen définit la *juridicité* d'une norme par sa *validité*, c'est-à-dire par son *appartenance* à un ordre juridique. Autrement dit, une norme est juridique, si elle est valable, c'est-à-dire si elle fait partie d'un ordre juridique donné.

Alors, dans la conception kelsénienne, expliquer la validité d'une norme revient à expliquer sa juridicité. Nous allons examiner plus loin⁶⁷ la question du fondement de la validité d'une norme dans la théorie kelsénienne. C'est pourquoi, nous nous contentons ici de dire que selon Kelsen, une norme est juridique, si elle est valable, c'est-à-dire si elle existe dans un ordre juridique déterminé. En d'autres termes, la juridicité d'une norme se définit par sa validité, et à son tour la validité d'une norme se définit par son appartenance à un ordre juridique donné. Bref, une norme est juridique, si elle appartient à un ordre « juridique », mais dans ce cas, il faut déterminer, à son tour, la juridicité d'un ordre normatif. Car, les ordres normatifs qui existent ne sont pas seulement des ordres juridiques, il y a aussi des ordres normatifs sociaux, moraux, religieux, etc.

En d'autres termes, *le problème de la juridicité d'une norme se transforme en celui de la juridicité de l'ordre auquel appartient cette norme*. C'est-à-dire que pour savoir si une norme est juridique ou non, il faut regarder si l'ordre normatif dont fait partie la norme en question est juridique ou non. Ainsi, la norme est juridique si elle appartient à un ordre juridique, mais non pas à un ordre social ou moral ou religieux, etc. On peut donc conclure que *la juridicité est la caractéristique d'un ordre normatif, non pas directement d'une norme*.

Ainsi nous arrivons au problème de la juridicité d'un ordre normatif.

2. La recherche d'un critère de la juridicité d'un ordre normatif

Comment pouvons-nous définir la juridicité d'un ordre normatif ? C'est-à-dire, *qu'est-ce qu'un ordre juridique ?*

Un ordre juridique est tout d'abord un ordre normatif. Kelsen définit un ordre normatif comme « un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité a le même fondement »⁶⁸.

Mais comme on l'a déjà dit, les ordres normatifs qui existent ne sont pas seulement des ordres juridiques ; il y a aussi des ordres normatifs moraux, sociaux, religieux, etc. Alors, comment et par quels critères peut-on distinguer l'ordre juridique des autres ordres normatifs ? En d'autres termes, qu'est-ce qui donne le

67. Cette sous-section, § 2, C.

68. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.43.

caractère juridique à un ordre normatif ? En un mot, quel est *le critère de la juridicité d'un ordre normatif* ?

En suivant toujours Kelsen, comme caractères distinctifs des ordres juridiques, on peut relever les points suivants :

Le *premier caractère distinctif* des ordres juridiques est qu'ils se présentent tous comme des *ordres de la conduite humaine*. Autrement dit « les normes de l'ordre juridique règlent la conduite d'êtres humains »⁶⁹. Kelsen note que « dans les sociétés primitives, l'ordre juridique règle également la conduite d'animaux, de plantes et même de choses inanimées, de la même façon que la conduite des hommes »⁷⁰. Mais « les ordres juridiques modernes, eux, ne règlent la conduite que des seuls êtres humains, et non la conduite d'animaux, de plantes, ou d'objets inanimés ; ils ne dirigent de sanctions que contre les premiers, et non contre les seconds »⁷¹.

Le *deuxième caractère distinctif* des ordres juridiques, « est que ce sont *des ordres de contrainte* »⁷². Ceci veut dire que les ordres juridiques « réagissent par *un acte de contrainte* à certaines circonstances considérées comme indésirables, parce que socialement nuisibles, en particulier à des faits de comportement humain de cette nature »⁷³. Et par un *acte de contrainte*, « on entend un mal – tel que le retrait de la vie, de la santé, de la liberté, de biens économiques et autres – qui doit être infligé à celui qu'il atteindra, même contre son gré, et, si besoin est, en employant la force physique »⁷⁴.

On peut ainsi définir *l'ordre juridique comme un ordre de contrainte de la conduite humaine*. Et en tant qu'ordre de contrainte, comme le note Kelsen, l'ordre juridique

« se distingue d'autres ordres sociaux. L'élément de la contrainte, c'est-à-dire la circonstance que l'acte institué par l'ordre comme conséquence d'une situation considérée comme socialement nuisible doit être réalisée même contre le gré de l'individu qu'elle doit atteindre et, en cas de résistance, par l'emploi de la force physique, – voilà le critérium décisif »⁷⁵.

Le droit est un ordre de *contrainte*. Cependant, ce n'est pas n'importe quelle contrainte ; *mais celle qui a le caractère de sanction*. La sanction aussi est un acte de contrainte, c'est-à-dire un emploi de la violence. Mais, comme l'explique Kelsen, la sanction, à la différence des autres actes de contrainte, est un *usage de force permis* par l'ordre juridique, « comme la réaction à une situation socialement indésirée, en particulier comme réaction à une conduite humaine socialement

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*, p.46.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*, p.48.

nuisible »⁷⁶. Autrement dit, *la sanction est une contrainte instituée par l'ordre juridique*⁷⁷.

Deuxièmement, il faut noter que *la sanction est attribuable uniquement à la collectivité juridique*. Autrement dit, seulement les individus ou les organes habilités par l'ordre juridique peuvent exercer les actes de contrainte, conformément aux conditions déterminées par cet ordre. « Alors, on peut dire, en ce sens, que l'exercice de la contrainte est érigé en monopole de la collectivité juridique »⁷⁸.

Enfin il faut noter que *l'ordre de contrainte considéré comme un ordre juridique est plus efficace que tous les autres ordres de contrainte*. C'est la différence entre l'ordre juridique et l'ordre d'une bande de voleurs. Mais, si un tel ordre de contrainte (par exemple celui d'une bande de voleurs)

« est limité dans son domaine de validité territorial à un certain territoire et s'il est efficace à l'intérieur de ce territoire, de telle façon que la validité de tout ordre de contrainte semblable est exclue, il peut très bien être considéré comme un ordre juridique, et la collectivité fondée par lui peut très bien être considérée comme un 'Etat', même si cet 'Etat' développe vers l'extérieur une activité qui soit criminelle au regard du droit international positif »⁷⁹.

* * *

Ainsi nous venons de définir l'ordre juridique comme un ordre de contrainte. Mais on invoque très souvent une *objection* à cette définition. Cette objection se concentre sur le fait que *les ordres juridiques historiques contiennent toujours des normes dépourvues de sanctions*⁸⁰. Comme on l'a déjà noté ces normes non sanctionnées se trouvent surtout dans le domaine du droit constitutionnel. On sait que, plusieurs fois, les « constitutions contiennent des dispositions précises, des injonctions claires dont cependant la violation ne peut faire l'objet d'aucune réaction institutionnelle quelconque »⁸¹. Ainsi selon l'exemple donné par Jean-François Perrin, « en Suisse, si le Parlement fédéral décide d'édicter une loi sur une matière pour laquelle la Confédération ne possède aucune délégation de compétence, il viole l'article 3 de la Constitution. Admettons qu'aucun référendum ne soit lancé. La nouvelle loi entrera en vigueur en violation de la susdite disposition. Aucune réaction institutionnelle n'est concevable. L'article 3 de la Constitution fédérale n'est-il pas une disposition juridique »⁸² ? En général on peut constater que les

76. *Ibid.*

77. *Ibid.*, p.57 : « La notion de sanction peut être étendue à tous les actes de contrainte qui sont prévus par l'ordre juridique ».

78. *Ibid.*, p.50.

79. *Ibid.*, p.65.

80. En ce sens voir, Perrin, *op. cit.*, p.84 ; Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p.222.

81. Perrin, *op. cit.*, p.84 ; Cf. Guastini, « Alf Ross... », in Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p.261 : « Dans tout système juridique il y a beaucoup de normes (par exemple, dans le droit public, et notamment dans le droit constitutionnel) qui ne sont pas du tout susceptibles d'une application juridictionnelle ».

82. Perrin, *op. cit.*, p.84.

normes de la constitution qui règlent la procédure de la législation n'établissent pas toujours une sanction pour le cas où elles ne sont pas observées.

Devant ce problème des normes juridiques non sanctionnées, dans la théorie du droit, il y a généralement deux thèses opposées. Selon la première thèse, il peut exister des normes non sanctionnées dans un ordre juridique *grosso modo* sanctionné. Selon cette thèse, la sanction « est une caractéristique qui peut être attribuée à l'ordre juridique pris dans son ensemble, mais non à chacun de ses éléments »⁸³. En d'autres termes, la sanction est le « caractère de l'ordre *in globo*, et non de ses éléments *ut singuli* »⁸⁴. Nous avons vu cette thèse dans la section précédente⁸⁵, c'est pourquoi, on se contentera ici de s'y référer.

En revanche, selon une deuxième thèse, dans un ordre juridique, il ne pourrait y avoir des normes non sanctionnées. Car, les normes qui sont présentées comme des normes non sanctionnées sont en effet soit, des *normes juridiquement irrelevantes*, soit, des *normes juridiques non indépendantes*. Nous avons déjà exposé cette thèse⁸⁶. C'est pourquoi nous n'y revenons pas.

A notre avis, seule cette deuxième thèse est fondée⁸⁷. Ainsi, pour nous, dans un ordre juridique, il ne pourrait pas y avoir de normes juridiques non sanctionnées.

* * *

En conclusion, conformément à la théorie positiviste, nous pouvons conclure que la juridicité d'une norme se détermine par son appartenance à un ordre juridique ; et la juridicité d'un ordre normatif se détermine par son caractère de contrainte. En d'autres termes une norme est juridique, si elle fait partie d'un ordre juridique déterminé. Et un ordre normatif est juridique, s'il est un ordre de contrainte.

* * *

Maintenant *appliquons cette conclusion aux limites à la révision constitutionnelle*⁸⁸. Comme on l'a déjà remarqué, ces limites existent sous la forme de dispositions constitutionnelles. Et en tant que dispositions de la constitution, elles appartiennent à l'ordre normatif dont fait partie la constitution. Et on sait que l'ordre normatif auquel appartient la constitution est un ordre juridique, parce que, cet ordre, pris dans son ensemble, est sanctionné. Il faut alors conclure que les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel ont le caractère juridique.

83. Manuel Atienza, « Juridicité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.324.

84. Guy Héraud, « La validité juridique », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Faculté de Droit et de Sciences économiques de Toulouse, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, t.II, p.419.

85. Ce chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1, a.

86. Ce chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1, b.

87. Voir ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, B.

88. Rappelons que nous avons déjà discuté de la question de savoir si les limites à la révision constitutionnelle sont sanctionnées. Voir ce chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2.

* * *

En résumé, en ce qui concerne la validité des limites à la révision constitutionnelle, jusqu'ici, nous avons dit que, premièrement elles doivent être *matériellement existantes*, deuxièmement ces limites matériellement existantes doivent avoir le *caractère normatif*, et troisièmement elles doivent être *d'ordre juridique*. Et nous venons de montrer que les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel remplissent ces trois conditions préliminaires, c'est-à-dire *l'existence matérielle*, la *normativité* et la *juridicité*.

* * *

Toutefois ces trois conditions préliminaires (existence matérielle⁸⁹, normativité⁹⁰ et juridicité⁹¹) sont des *conditions nécessaires*, mais *non suffisantes* de la validité juridique. Car une *norme juridique matériellement existante* peut être non valable. En d'autres termes, la « juridicité » d'une norme n'implique pas nécessairement sa « validité ». A vrai dire, pour affirmer qu'« une norme juridique matériellement existante peut être non valable », il faut connaître les critères de la validité juridique d'une norme. Nous allons les voir plus bas⁹². Cependant notons qu'il y a trois conceptions différentes de la validité juridique et que si l'on accepte la conception de la validité matérielle, une norme juridique matériellement existante peut être non valable, si elle n'est pas efficace⁹³. C'est le cas de désuétude⁹⁴. La norme qui est tombée en désuétude n'est pas une norme sociale ou morale, au contraire c'est bien une norme juridique, mais une norme juridique « non valable ». D'ailleurs, si l'on prend en considération la conception de la validité axiologique, une norme juridique peut être non valable, si elle n'est pas juste⁹⁵.

Alors voyons à présent ces trois conceptions de la validité juridique.

89. Comme on l'a déjà expliqué (cette sous-section, § 1, A), *l'existence matérielle* est une *condition nécessaire*, car un acte inexistant ne peut faire l'objet d'aucune qualification juridique ; mais *non-suffisante*, car tous les actes existants n'ont pas le caractère normatif.

90. Comme on l'a vu précédemment (cette sous-section, § 1, B), la *normativité* est une *condition nécessaire*, car un acte qui n'a pas de caractère normatif ne peut pas être valable ; mais *non-suffisante*, car les normes qui existent ne sont pas toutes juridiques. Il y a aussi des normes sociales, morales, religieuses etc.

91. Enfin, la *juridicité* est une *condition nécessaire*, car la notion de validité concerne les normes *juridiques*, non pas sociales, morales ou religieuses ; mais *non-suffisante*, car une norme juridique peut être non-valable, s'elle est tombée en désuétude.

92. Voir *infra*, cette sous-section, § 2.

93. Voir *infra*, cette sous-section, § 2, B.

94. Voir *infra*, cette section, Sous-section 2, § 2, B.

95. Voir *infra*, cette sous-section, § 2, A. Mais, comme on va le voir, nous refusons cette conception de la validité juridique.

§ 2. LES TROIS CONCEPTIONS DE LA VALIDITE JURIDIQUE

Pour pouvoir déterminer les conditions de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle, il faut d'abord nécessairement définir la notion de validité juridique.

François Ost définit la validité comme « la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques »⁹⁶.

Mais comment et sur quelles bases s'opère cette reconnaissance ? Autrement dit, quels sont les critères de la validité juridique d'une norme ?

En théorie du droit, la validité juridique d'une norme s'apprécie en général en référence à trois critères différents : un *critère éthique* (finaliste, déontique), comme la justice, un *critère sociologique*, comme l'efficacité et un *critère formaliste*, comme l'existence spécifique de la norme. Par conséquent, il y a trois conceptions de validité : la *validité axiologique*⁹⁷ (« validité déontique »⁹⁸), la *validité matérielle*⁹⁹ (« validité empirique »¹⁰⁰, « validité factuelle »¹⁰¹ ou « validité effective »¹⁰²) et la *validité formelle*¹⁰³ (« validité systémique »¹⁰⁴, « validité tout court »¹⁰⁵ ou « validité *stricto sensu* »¹⁰⁶). Dans la théorie du droit, la validité axiologique est appelée aussi la *justice*¹⁰⁷ (« légitimité »¹⁰⁸ ou « acceptabilité »¹⁰⁹),

96. Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.264. Egalement Ost, « Validité », *op. cit.*, p.637. Le dictionnaire *Petit Robert* définit la validité comme « caractère de ce qui est valide » ; et valide comme « qui présente les qualités requises pour produire son effet ». Cf. Virally, « Notes sur la validité... », *op. cit.*, p.454-455 : « Une norme valable est celle qui produit effectivement les effets juridiques auxquels elle prétend ».

97. Voir Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.274 ; Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, p.43 ; Franco Modugno, « Validità », in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè editore, Varese, 1993, p.4. Au lieu de la « validité axiologique » A. G. Conte emploie la « validité idéale » (Amedeo G. Conte, « Validità », in *Novissimo digesto italiano*, vol. XX. VTET, Torino, 1975, p.421.

98. Modugno, *op. cit.*, p.4.

99. *Ibid.*

100. Voir Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.272.

101. Amedeo G. Conte, « Studio per una teoria della validità », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, p.335.

102. Jerzy Wroblewski, « Verification and Justification in the Legal Sciences », *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, p.207 et s. cité par Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.43.

103. Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.272 ; Modugno, *op. cit.*, p.4 ; Conte, « Studio... », *op. cit.*, p.334 ; Ost, « Validité », *op. cit.*, p.637-639 ; Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.43-60.

104. Wroblewski, « Verification... », cité par Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.43.

105. Modugno, *op. cit.*, p.7 ; Conte, « Studio... », *op. cit.*, p.334.

106. Voir par exemple Modugno, *op. cit.*, p.4-5.

107. Modugno, *op. cit.*, p.4 ; Conte, « Studio... », *op. cit.*, p.335.

108. Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.274.

la validité matérielle l'*efficacité*¹¹⁰ (« effectivité »¹¹¹), ainsi que la validité formelle, l'*existence spécifique*¹¹² (« appartenance ») de la norme. Notons que la première conception est privilégiée par la *théorie du droit naturel*, la deuxième par la *théorie réaliste américaine et scandinave*, et le troisième par la *théorie positiviste*¹¹³.

Commençons par la validité axiologique.

A. LA VALIDITE AXIOLOGIQUE (LA VALIDITE COMME VALEUR [JUSTICE]) : LA THEORIE DU DROIT NATUREL

Selon le *critère finaliste*, la validité d'une norme s'apprécie par sa conformité à des valeurs ou des idéaux méta-positifs. Ces valeurs et idéaux sont d'ordre éthique, moral, religieux, etc¹¹⁴. Pour savoir si une norme est valable ou non-valable, il faut comparer le contenu de cette norme avec un certain nombre de valeurs et idéaux. Si la norme est conforme à ces valeurs ou idéaux, elle est valable ; si ce n'est pas le cas, elle n'est pas valable. En d'autres termes, on cherche s'il y a une coïncidence entre le « monde réel » et le « monde idéal » ; entre « ce qu'il est » et « ce qu'il doit être ». C'est pourquoi le *critère finaliste* s'associe à la *validité axiologique* du droit. Par conséquent, le critère finaliste, autrement dit, la validité axiologique est un problème déontique du droit.

A notre avis, la validité d'une norme ne peut pas se déterminer dans une telle conception, c'est-à-dire par un critère finaliste. Car le problème de la validité axiologique d'une norme se résout en dernière analyse dans un jugement de valeur. En d'autres termes, le problème de savoir si une norme est valable ou non nécessite une comparaison entre le contenu de cette norme et certaines valeurs ou idéaux qui se situent en dehors de la norme. Ils sont d'ordre éthique, religieux, moral, en un mot, de nature méta-positive. Et à notre sens, l'examen de telles valeurs ou de tels idéaux reste en dehors de la science juridique.

La conséquence systématique de la validité axiologique est la *théorie du droit naturel*¹¹⁵. En d'autres termes, cette conception de validité est privilégiée surtout par les auteurs jusnaturalistes¹¹⁶. Selon ces auteurs, la validité axiologique d'une norme est une condition nécessaire et suffisante de sa validité¹¹⁷. C'est-à-dire que dans la théorie du droit naturel, la validité d'une norme s'apprécie par les *éléments*

109. C'est Aulis Aarnio qui emploie ce terme (Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.56-60).

110. Conte, « Studio... », *op. cit.*, p.334 ; Modugno, *op. cit.*, p.4.

111. Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.272 ; Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op.cit.*, p.43.

112. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.13.

113. Ost, « Validité », *op. cit.*, p.638-639.

114. *Ibid.*

115. Ost, « Validité », *op. cit.*, p.638-639 ; Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.56.

116. Ost, « Validité », *op. cit.*, p.637.

117. *Ibid.*, p.638.

finalistes par exemple, par la réalisation de la *justice*, la satisfaction du *bien commun*, la protection des *droits de liberté*, la promotion du *bien-être*¹¹⁸. Ces éléments finalistes changent selon les écoles du droit naturel¹¹⁹. Mais le raisonnement reste le même. Si une norme ne sert pas « à rejoindre le *bien commun*, à réaliser la *justice*, à garantir la *liberté*, à promouvoir le *bien être* »¹²⁰, elle n'est pas valable.

Nous avons choisi ici la « justice » comme l'élément finaliste dans la définition du droit naturel¹²¹. Ainsi, on peut affirmer que, dans la théorie du droit naturel, le droit s'identifie à la justice. C'est la justice qui fonde la validité du droit. A cet égard, on peut brièvement définir la théorie du droit naturel comme une théorie qui dit qu'« une loi pour être loi doit être juste » ou bien comme le disait Saint Augustin, « *une loi injuste n'est pas une loi* »¹²². En d'autres termes, un acte pour être valable, c'est-à-dire pour avoir des effets juridiques, il doit être conforme à l'exigence de la justice, il doit servir à la réaliser. Ainsi, si une norme est juste, elle est valable ; si ce n'est pas le cas, elle est non valable, c'est-à-dire non susceptible de produire des effets juridiques ; autrement dit, elle n'a aucune force obligatoire. Bref, dans cette conception, « le droit valable, c'est le droit juste »¹²³.

La *critique* la plus destructive qui est adressée à la théorie du droit naturel se concentre sur le fait qu'il n'existe pas de critère universel et objectif qui permet de distinguer « ce qui est juste » de « ce qui est injuste ». Et on ne peut pas obtenir un

118. Norberto Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, (Tome I : Théorie générale du droit et droit transitoire), Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, p.56-57. Paul Amssek aussi fait le même constat. Dans cette conception « le droit, dit-il, est un moyen au service de telle fin, de tel idéal (qu'on l'appelle le 'Bien Commun', la 'justice', la 'solidarité' etc. » (Amssek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, op. cit., p.306).

119. D'où la difficulté de définir le droit naturel. A vrai dire, il n'y a pas une définition, mais une variété de définition de « droit naturel » voir : Laetizia Gianfomaggio, « Droit naturel », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.200.

120. Bobbio, « Positivisme juridique », op. cit., p.57.

121. Bien évidemment, on pouvait aussi choisir le bien commun, ou le bien être, ou les droits de l'homme, ou bien la solidarité ; comme l'élément finaliste dans la définition du droit naturel. Même si on choisit un autre élément le résultat ne change pas, car, le raisonnement reste identique.

122. « Non esse lex quae justa non fuerit » : Saint Augustin, *De Libero Arbitrio*, 5 ; Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, Qu. XCV, Arts. 2,4, cité par H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p.21.

123. Kelsen, « Justice et droit naturel », op. cit., p. 64 : « Le rapport qu'on admet entre justice et droit joue un rôle décisif dans la question de savoir si le droit valable, c'est-à-dire si ces normes doivent être appliquées et observées ». Selon la conception du droit naturel, « un droit positif ne peut être considéré comme valable que dans le cas et dans la mesure où il est créé en conformité avec l'exigence de justice. *Le droit valable, c'est le droit juste* ; un ordre injuste du comportement humain n'a pas de validité, est n'est pas le droit dans la mesure où droit ne peut signifier qu'ordre valable. C'est-à-dire que la validité de la norme de justice est le fondement de la validité du droit positif » (*Ibid.* C'est nous qui soulignons). Voir également *Ibid.*, p.102, 112 et 121.

tel critère par voie de l'observation de la nature¹²⁴, si l'on ne veut pas faire appel à Dieu¹²⁵. Si cela est vrai, la question suivante est inévitable : à qui appartient donc la tâche de distinguer « ce qui est juste » de « ce qui est injuste »¹²⁶ ? Si on exclut l'existence d'une autorité absolue et transcendante d'une divinité¹²⁷, il y a deux et seulement deux réponses possibles à cette question.

Selon la première réponse, la tâche de déterminer « ce qui est juste » appartient à ceux qui détiennent le pouvoir. Il est évident que cette réponse nous éloigne du droit naturel, pour nous amener au positivisme étatique¹²⁸.

124. On entend ici par « nature », « la réalité empirique des faits concrets en générale ou la nature particulière telle qu'elle est donnée dans le comportement concret - intérieur ou extérieur - des hommes » (Kelsen, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, p.68).

125. Kelsen observe justement que la théorie du droit naturel « a une origine religieuse et métaphysique ; à la base on rencontre l'idée que la réalité de la nature est créée par une autre autorité transcendante qui incarne la valeur morale absolue ; (Kelsen, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, p.69-70). « Si la nature est créée ou gouvernée par un Dieu juste, alors, mais alors seulement, on peut voir dans les lois de cette nature des normes, on peut trouver dans cette nature le droit juste, on peut déduire de cette nature le droit juste » (*Ibid.*). Le droit naturel « est d'origine divine. C'est pour cette seule raison qu'il est absolument valable et par conséquent invariable. Cette validité absolue et invariable est un élément essentiel du Droit naturel » (*Ibid.*, p.72).

Kelsen précise que « dans la théorie du Droit naturel, on a tenté, il est vrai, de rendre la validité du Droit naturel indépendante de la volonté de Dieu. Grotius déclare que le Droit naturel qu'il expose resterait valable même si on concédait que n'existe pas, mais il ajoute qu'on ne peut faire cette concession sans tomber dans le plus grave péché. Car c'était un chrétien convaincu, comme l'étaient tous les partisans de la théorie classique du Droit naturel » (*Ibid.*). Ainsi Kelsen conclut que « si on ne croit pas en une nature créée par un Dieu juste, on ne saurait *logiquement* admettre l'existence d'un droit juste immanent à la nature » (*Ibid.*, p.73-74).

A ce propos voir également Ch. Perelman, « L'idée de justice », *Annales de philosophie politique*, III, Paris, P.U.F., 1959, p.140.

126. Kelsen pose à peu près la même question à propos de l'interprétation de l'autorité juridique positive. Selon Kelsen la question de savoir si « un droit positif dans son ensemble ou une norme déterminée de ce droit sont-ils conformes ou non au Droit naturel » est une « question d'interprétation du droit positif. C'est donc celui qui est qualifié pour donner une interprétation authentique du droit positif qui décidera si un droit positif ou une norme déterminée de ce droit doivent être considérés comme valables ou non à cause de leur rapport avec le droit naturel » (Kelsen, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, p.118).

127. « C'est à nous, dit Kelsen, qu'il incombe de trancher la question, parce que, lorsqu'il s'agit de savoir ce qui est juste et injuste la décision dépend du choix des normes de justice que nous prenons comme fondement de notre jugement de valeur, la réponse pouvant donc être fort différente ; ce choix, seul nous-mêmes, chacun d'entre nous peut le faire, personne d'autre, ni Dieu, ni la nature ni même la raison en tant qu'autorité objective ne peut le faire pour nous. Telle est la vraie signification de l'autonomie morale. Tous ceux qui ne souhaitent pas se charger de cette responsabilité et voudraient s'en remettre de ce choix à Dieu, à la nature ou à la raison, tous ceux-là ont le sentiment que le relativisme ne leur est d'aucun recours. Ils font en vain appel à la théorie du Droit naturel. Car lorsqu'il s'agit de faire le choix, les diverses théories du Droit naturel apportent tout autant de réponses diverses que le positivisme relativiste. Elles n'épargnent pas le choix à l'individu l'illusion que la norme de justice qu'il choisit émane de Dieu, de la nature ou de la raison, qu'elle est donc absolument valable ; et beaucoup achètent cette illusion au prix de n'importe quel sacrificium intellectus » (Kelsen, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, p.120).

128. A ce propos Kelsen parle du monopole d'interprétation de l'autorité juridique positive (Kelsen, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, p.118). Selon Kelsen, dans ce cas, « il est pratique-

Selon la deuxième réponse, cette tâche appartient à tous les citoyens¹²⁹. Mais dans cette hypothèse, les principes de justice présentent nécessairement un caractère largement subjectif. Car ces principes sont conçus « par chaque homme selon les données de sa propre conscience ; il y a sans doute des éléments communs à ces différentes conceptions personnelles ; mais l'expérience prouve la difficulté de les dégager, faute d'une autorité capable et infaillible. En fait, chacun demeure libre de concevoir le droit naturel selon les exigences de sa propre conscience »¹³⁰. On peut dire que, avec Kelsen, dans ce cas, « on est menacé d'anarchie totale »¹³¹

D'autre part, comme l'a bien montré Hans Kelsen, il n'existe pas de valeurs absolues. « Toutes les valeurs morales sont relatives. Ceci étant admis, on ne peut attribuer à l'affirmation que des normes sociales ne peuvent être considérées comme droit que si leur contenu est moral, est juste »¹³². Et « étant donné l'extraordinaire diversité de ce que les hommes tiennent pour bon ou pour mauvais, pour juste ou pour injuste, selon les époques¹³³ et selon les lieux, on ne peut constater l'existence d'aucun élément commun à tous les ordres moraux »¹³⁴. Par conséquent « il faut distinguer l'un de l'autre le droit et la morale en général, le droit et la justice en particulier »¹³⁵.

* * *

ment exclu, ou du moins chance est réduite au minimum, qu'on décide que le droit positif n'est pas conforme au droit naturel » (*ibid.*).

129. Kelsen refuse cette réponse en disant que, dans ce cas, « on est menacé d'anarchie totale » (Kelsen, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, p.118).

130. Maurice Duverger, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de faits », *Revue du droit public*, 1945, p.77.

131. Kelsen, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, p.118. La doctrine du droit naturel « peut justifier n'importe quel ordre social en prétendant qu'il est conforme à cet idéal » (Christophe Grzegorzcyk, « Le positivisme comme méthodologie juridique », in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.176). Par ailleurs, Bentham a remarqué le danger du jusnaturalisme en disant que l'« on ne peut pas raisonner avec des fanatiques armés d'un *droit naturel*, que chacun entend comme il lui plaît, applique comme il lui convient, dont il ne peut rien retrancher, qui est inflexible en même temps qu'inintelligible, qui est consacré à ses yeux comme un dogme et dont on ne peut s'écarter sans crime » (Extrait de : J. Bentham *Principes de législation et d'économie politique*, Paris, Raffalovich, Guillaumin, 1888, p.75 et s. in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.197).

132. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.87.

133. A cet égard Norberto Bobbio note, à juste titre, que « si les jusnaturalistes modernes considéraient constamment la liberté, comme un Droit naturel, Aristote estimait que l'esclavage aussi était parfaitement naturel, parce que la nature avait fait en sorte qu'il y eût des hommes naturellement maîtres et d'autre naturellement esclaves (*Politique*, I, 5). Cette nature était donc tellement complaisante qu'elle permettait, d'un côté, aux théoriciens de l'Etat libéral d'exalter le naturel de la liberté, et, à un philosophe d'une société qui possédait des esclaves, de justifier le naturel de l'esclavage ». (Norberto Bobbio, « Quelques arguments contre le droit naturel », in *Annales de philosophie politique*, III, Paris, P.U.F., 1959, p.181-182.

134. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.87.

135. *Ibid.*, p.90.

Maintenant *appliquons le critère finaliste aux limites à la révision constitutionnelle* ; c'est-à-dire recherchons la validité des dispositions de la constitution qui règlent la création et parfois le contenu des lois de révision constitutionnelle selon la conception de la validité axiologique.

Selon cette conception, on peut affirmer que si les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont *justes*, elles sont valables, et par conséquent elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Par contre si elles sont *injustes*, elles ne sont pas valables, et par conséquent elles ne lient pas le pouvoir de révision constitutionnelle.

A notre avis, cette conclusion est inacceptable. Car à la lumière de la critique adressée à la validité axiologique et au droit naturel ci-dessus, on peut dire qu'il n'existe pas de critère objectif et universel qui permet de distinguer les limites à la révision constitutionnelle « justes » des limites à la révision constitutionnelle « injustes ». On a déjà montré que la justice n'est pas une valeur absolue. L'idée de justice change pour chaque individu. C'est-à-dire que chacun peut apprécier comme il l'entend la valeur juridique d'une limite à la révision constitutionnelle. Dans ce cas, une limite serait valable pour les uns, et non valable pour les autres. Il est évident qu'un tel résultat n'est donc pas objectif, et par conséquent admissible.

* * *

Avant de passer à l'examen de la deuxième conception de la validité juridique, il convient de critiquer les thèses classiques sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle à la lumière des explications ci-dessus sur la conception de la validité axiologique. En d'autres termes, nous allons appliquer les critiques générales adressées à la théorie du droit naturel aux thèses que nous avons examinées dans la section précédente¹³⁶.

• **L'appréciation de deux thèses classiques sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle à la lumière de l'exposé et la critique de la conception de la validité axiologique**

Si l'on regarde le débat classique sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle à la lumière de la critique ci-dessus adressée à la validité axiologique, autrement dit à la théorie du droit naturel, on peut constater que la thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique, ou celle qui soutient la validité de ces limites, toutes les deux, sont produites essentiellement dans la conception de la validité axiologique. C'est-à-dire que ces deux thèses, l'une et l'autre, sont basées essentiellement sur le critère de justice. Par conséquent, elles sont entachées de même erreur. Car leur raisonnement est le même. Elles sont deux illustrations différentes de la même logique.

Selon les défenseurs de la *première thèse*, l'existence des limites à la révision constitutionnelle dans la constitution *n'est pas juste* ; elle n'est pas conforme aux

136. Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1 et § 2.

principes de la justice ; par conséquent, ces limites *ne sont pas valables*. Par contre, selon les défenseurs de la *deuxième thèse*, l'existence des limites à la révision constitutionnelle dans la constitution *est juste* ; elle est conforme aux principes de la justice ; par conséquent, ces limites *sont valables*,

Mais plus précisément, à *quels principes de justice* ces limites sont-elles conformes ou non conformes ? A notre avis on ne peut donner aucune réponse objective à cette question. A vrai, dire chacun peut nous proposer un principe de justice différent conformément à ses propres idéaux, à ses propres valeurs philosophiques, éthiques, religieuses, politiques, etc.

Par exemple, prenons les trois premiers arguments des *défenseurs de la thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique*. Selon les défenseurs de cette thèse, on l'a vu¹³⁷, ces limites ne sont pas valables, parce que, *premièrement*, une génération ne peut lier les générations futures ; *deuxièmement*, la constitution doit s'adapter aux changements sociaux. Et le *troisième argument* consiste à dire que si les dispositions intangibles de la constitution ne sont pas révisibles par les moyens réguliers, elles seront révisées par les voies révolutionnaires et par conséquent pour ne pas préparer le terrain aux révolutions, la constitution doit être révisable dans toutes ses parties.

Ainsi peut-on remarquer que, comme le *principe de justice*, le premier argument s'inspire de l'idée selon laquelle une génération n'est pas supérieure aux générations futures, et que les morts n'ont ni droits ni pouvoirs. Le deuxième argument ressort de l'idée de l'évolution sociale. Le troisième argument se fonde sur l'idée de ne pas préparer le terrain aux révolutions.

En revanche, les *défenseurs de la thèse de la validité des limites à la révision constitutionnelle*, en partant d'autres idées, sont arrivés à une autre conclusion selon laquelle ces limites sont justes, et par conséquent valables. Parce que, tout simplement ils avaient d'autres idées comme le principe de justice, des idées comme celle de stabilité, celle de continuité. Comme on l'a vu¹³⁸, selon les défenseurs de cette thèse, ces limites sont valables parce que, *premièrement*, une nation n'est pas faite seulement d'une génération ; mais elle regroupe les générations futures et passées, et par conséquent il serait normal qu'une génération puisse laisser quelques traces pour les générations futures en moyennant les dispositions intangibles de la constitution. Ainsi il faut assurer une certaine stabilité, une certaine continuité entre les générations. *Deuxièmement*, il faut sauvegarder d'une manière absolue certains principes dans la société mouvante. Et *troisièmement*, ces limites sont encore valables, parce qu'elles ont pour objet d'éviter les mouvements révolutionnaires latents. Comme on le voit, dans cette deuxième thèse, les idées de stabilité, de continuité, d'harmonie sociale jouent un rôle de principe de justice. Précisément, comme le principe de justice, le premier argument est basé sur l'idée de continuité entre les générations ; le deuxième, sur celle de stabilité sociale, et le troisième sur celle de légalité.

137. Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1, A.

138. Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 2.

Ainsi, sur le même problème, il y a deux thèses qui se contredisent. Cependant ces deux thèses, opposées dos à dos, l'une et l'autre, sont entachées des mêmes erreurs. Les deux aussi résultent du même critère de la validité, de la même conception du droit, à savoir de la conception de la validité axiologique. Par conséquent la thèse qui accepte la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle tombe, elle aussi, à son tour, dans la même erreur où est déjà tombée la thèse qui rejette la valeur juridique de ces limites.

C'est pourquoi, le débat sur validité des limites à la révision constitutionnelle est insoluble, si l'on reste toujours dans la conception de la validité axiologique, c'est-à-dire, si l'on continue à débattre sur la base des valeurs, des idéaux, des jugements de valeur, en un mot sur la base de la théorie du droit naturel. Car, on invoque un argument pour l'invalidité de ces limites en s'inspirant d'une certaine valeur ou d'un certain idéal, et tout de suite, d'autres auteurs répondent avec un contre-argument qui s'inspire d'un autre idéal et d'une autre valeur. Puisqu'on ne peut pas montrer la supériorité d'une valeur ou d'un idéal sur un autre, on ne peut pas résoudre ce problème en multipliant ces arguments et contre-arguments. Alors il faut renoncer à débattre de cette question sur cette base, c'est-à-dire sur la conception de la validité axiologique.

En conclusion nous refusons les deux thèses citées sur la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle, car elles, l'une et l'autre, sont fondées sur la conception de la validité axiologique qui est insoutenable.

D'ailleurs comme nous l'avons plusieurs fois indiqué, selon la conception que nous avons adoptée dans ce travail, il n'appartient pas à la science du droit de justifier l'opportunité de telle ou telle disposition juridique. La science du droit a pour objet les normes juridiques. La tâche de la science du droit, comme celle de toutes les autres sciences est seulement de *décrire*, non pas de *prescrire*. Kelsen disait que « ce qui ne se trouve pas dans le contenu des normes juridiques positives ne peut pas entrer dans un concept juridique... Une science doit décrire son objet tel qu'il est, et non pas prescrire ce qu'il devrait être ou ne devrait pas être du point de vue d'un certain jugement de valeur »¹³⁹.

A notre avis, les idées ou les valeurs comme l'évolution sociale ou la stabilité sociale, ou la continuité entre les générations sont de nature des jugements de valeur, et par conséquent restent en dehors de la science du droit. De ce fait, nous excluons, par hypothèse même, les arguments invoqués pour justifier l'opportunité ou l'inopportunité des limites à la révision constitutionnelle.

Maintenant voyons la deuxième conception de la validité.

139. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, p.xiii et xiv.

B. LA VALIDITE MATERIELLE¹⁴⁰ (LA VALIDITE COMME EFFICACITE¹⁴¹) : LE REALISME JURIDIQUE AMERICAIN ET SCANDINAVE

Dans cette conception, la validité d'une norme est évaluée par son efficacité. Et l'efficacité de la norme se détermine par la correspondance entre la norme et le comportement de ses destinataires¹⁴². En d'autres termes, l'efficacité de la norme juridique s'apprécie par le fait qu'elle est suivie ou obéie par les sujets qui en sont destinataires¹⁴³. La norme est efficace parce qu'elle a été suivie effectivement

140. Modugno, *op. cit.*, p.4 ; Conte, « Studio... », *op. cit.*, p.334. Au lieu du terme de « validité matérielle », F. Ost et M. van de Kerchove emploient le terme de « validité empirique » (Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p.272) ; ainsi que A. Conte « validité factuelle » (Conte, « Studio... », *op. cit.*, p.335). J. Wroblewski parle de la « validité effective » (J. Wroblewski, « Verification and Justification in the Legal Sciences », *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, p.207 et s. cité par Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.43.)

141. Conte, « Studio... », *op. cit.*, p.334 ; Modugno, *op. cit.*, p.4. Notons que plusieurs auteurs préfèrent le terme « effectivité » au lieu de celui « efficacité ». Par exemple, Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.272 ; Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p.332 et s. ; Perrin, *op. cit.*, p.91 et s. En effet « effectivité » et « efficacité » sont deux notions différentes en théorie du droit. L'effectivité, c'est le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit » (Pierre Lascoumes, « Effectivité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.217 ; Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, Janvier 1986, n°2, p.101). Tandis que l'efficacité est le « mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent » (Romano Bettini, « Efficacité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.219). J.-F. Perrin explique que « l'auteur de la norme juridique poursuit un dessein et, pour atteindre son objectif, il choisit un moyen. Il veut, par exemple, limiter les conséquences des accidents de la circulation routière et pour ce faire, il prescrit le port obligatoire de la ceinture de sécurité dans les voitures automobiles... On peut ensuite observer, soit le degré de réalisation de l'objectif, soit évaluer le degré d'utilisation réelle du moyen. Dans le premier cas – lorsqu'on confronte l'objectif avec son degré d'accomplissement – on mesure l'efficacité d'une norme ou d'un système de normes. Dans le deuxième cas – lorsqu'on mesure si l'injonction prescrite par la norme a effectivement provoqué le comportement prévu – on mesure l'effectivité de la norme ». (Perrin, *op. cit.*, p.91). Selon J.-F. Perrin, « les deux concepts entretiennent évidemment des relations, mais celles-ci ne sont pas susceptibles d'être réduites par une équation simple de ce genre : Si la norme est effective → alors elle sera efficace... Il est notamment possible que la norme soit effective à un très bon degré, mais pourtant inefficace car le moyen s'est révélé inadéquat » (Perrin, *op. cit.*, p.91. Voir également Lascoumes et Serverin, *op. cit.*, p.118-119). Cependant dans la littérature de théorie du droit, plusieurs auteurs utilisent les termes « efficacité » et « effectivité » dans des acceptions synonymes (voir par exemple la traduction française de Ch. Eisenmann de la *Théorie pure du droit* de Kelsen, *op. cit.*, *passim*). De plus, il nous semble que c'est un usage répandu. Nous aussi nous utilisons le terme d'« efficacité » comme synonyme de celui « effectivité ».

142. Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.272 ; Ost, « Validité », *op. cit.*, p.637.

143. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.16 ; Riccardo Guastini, « Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique », in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de -), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, p.221.

pendant une certaine période de temps par un groupe de personnes¹⁴⁴, en un mot parce qu'elle a été obéie. En d'autres termes, on peut dire qu'une norme est efficace dans une société, « si et seulement si la conduite des *citoyens* montre qu'ils la suivent régulièrement »¹⁴⁵. Mais les causes de cette obéissance ne sont pas importantes. Il se peut que cette obéissance à la norme juridique soit provoquée par différents motifs soit par la crainte des sanctions du droit, soit par la crainte des sanctions de Dieu, soit seulement par le souhait d'éviter certains désavantages sociaux¹⁴⁶.

La recherche de l'efficacité d'une norme nécessite une comparaison entre le contenu de cette norme et les comportements effectifs d'un groupe social¹⁴⁷. En d'autres termes, l'efficacité d'une norme s'apprécie, elle-même, sur le plan des faits¹⁴⁸. C'est pourquoi l'efficacité d'une norme est un problème phénoménologique du droit. Autrement dit, dans la conception de la validité matérielle, les jugements sur la validité d'une norme sont des « propositions dont la vérité ou la fausseté peut être contrôlée de manière empirique »¹⁴⁹. Il est évident qu'une telle recherche relève du domaine de la sociologie¹⁵⁰ et de la psychologie, plus que de la science du droit. En effet Alf Ross, un représentant du réalisme scandinave, l'affirme clairement : « la science du droit est une branche de la théorie du comportement humain, et par suite le phénomène juridique doit être trouvé dans le domaine de la psychologie et de la sociologie »¹⁵¹.

La conception de la validité matérielle est privilégiée par les courants des *réalismes juridiques américain et scandinave*. Selon ces courants, le vrai droit est celui effectivement appliqué par les tribunaux, non pas celui qui est exprimé dans les lois. Autrement dit, les défenseurs de ces courants considèrent seules les normes qui sont effectivement appliquées et suivies comme normes juridiques.

Le *réalisme juridique américain* définit le droit comme « ce que font les tribunaux »¹⁵². Selon Felix S. Cohen, il faut définir le droit par ses conséquences¹⁵³

144. Bobbio, « Sur le positivisme juridique » *op. cit.*, p.56.

145. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.50.

146. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.17.

147. C'est-à-dire que l'on cherche l'absence ou l'existence d'un écart entre les normes et les pratiques sociales. Voir Lascoumes et Serverin, *op. cit.*, p.103.

148. Guastini, « Sur la validité de la constitution... », *op. cit.*, p.221.

149. *Ibid.*, p.221.

150. A cet égard, il est significatif de voir que pour les réalistes américains, par exemple pour J.W. Bingham, la science du droit serait une subdivision de la science du gouvernement, occupée à décrypter les comportements des agents. Voir Françoise Michaut, « Réalisme », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.509.

151. Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhague, 1946, p.78, cité par Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.282. Par conséquent « le droit doit être décrit, non pas comme un système de normes valables, mais comme un agrégat d'actes effectifs de conduite humaine ». « Le droit n'est pas une norme, mais une conduite effective » (*Ibid.*)

152. Par exemple Karl L. Llewellyn écrit : « ce que font ces personnages officiels (les juges, les shérifs, les greffiers, les gardiens de prison ou les avocats) au sujet de conflits, constitue, à mes yeux, le vrai droit lui-même » (Françoise Michaut, « L'approche scientifique du droit chez les

et non pas à partir des *a priori* spéculatifs et formalistes. « D'où l'opposition, typique pour les réalistes entre le droit formel, tel qu'il se présente dans les textes législatifs et les recueils de jurisprudence (*law in books*), et le droit vivant, se manifestant dans la pratique (*law in action*), seul le second étant digne d'être pris en considération »¹⁵⁴. Selon les réalistes américains, c'est le juge qui crée le droit. Ainsi Karl N. Llewellyn fait la distinction entre les « règles réelles » et les « règles sur le papier »¹⁵⁵.

Egalement selon Alf Ross, un représentant du *réalisme scandinave*¹⁵⁶, estime que « les propositions de la doctrine juridique, comme celles de toute science empirique, doivent être soumises au principe de vérification »¹⁵⁷. Et d'après lui, la vérification d'une proposition qui affirme qu'une norme juridique est efficace, c'est-à-dire valable, consiste dans l'application de la norme par les tribunaux¹⁵⁸.

réalistes américains », in Paul Amssek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, p.272). Christophe Grzegorzcyk, « La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.52.

153. Extrait de : Felix S. Cohen, « Transcendental Nonsense and the Fonctional Approach », in Lucy Kramer Cohen (ed.), *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S Cohen*, New Haven, Yale University Press, 1960, p.337 in Grzegorzcyk, Michaut et Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, p.127.

154. Grzegorzcyk, « La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », *op. cit.*, p.53.

155. Extrait de : Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence - the Next Step*, 1930, in Grzegorzcyk, Michaut et Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, p.131.

156. Enrico Pattora, « Réalisme juridique scandinave », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.511. Pour l'ensemble du « réalisme juridique scandinave » voir S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1975, *passim*.

157. Pattaro, « Réalisme juridique scandinave », *op. cit.*, p.511 ; Selon Ross, « la science juridique, si elle veut vraiment être une discipline scientifique, doit appliquer intégralement les critères méthodologiques en vigueur dans les sciences naturelles... et tout particulièrement le principe de vérification » (Vittoria Villa, *La science du droit*, Traduction d'Odile et Patrick Nerhot, Bruxelles, Paris, Story-Scientia, L.G.D.J., 1991, p.65. Pour la méthodologie de Ross et surtout pour son principe de vérification voir Villa, *op. cit.*, p.59-77. Cf. Ricardo Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in Paul Amssek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, p.262 : « La tâche de la science juridique, selon Ross, c'est la description du droit en vigueur... (Et) une norme est en vigueur lorsqu'elle est effectivement appliquée par les juges. Un système juridique n'étant, en dernière analyse, qu'un ensemble de règles de conduite pour les tribunaux, on peut conclure qu'un système juridique en vigueur est, tout simplement, un ensemble de règles qui sont réellement employées par les tribunaux dans l'élaboration de leurs décisions. De ce point de vue, le droit en vigueur est complètement identifié aux décisions des tribunaux ».

158. Pattaro, « Réalisme juridique scandinave », *op. cit.*, p.511. Cf. Guastini, « Alf Ross... », *op. cit.*, p.263 : « Les propositions qui affirment la vigueur d'une norme, en particulier, seront vérifiées si, et seulement si, la norme en question sera réellement appliquée par les juges ».

Autrement dit, c'est dans les décisions des tribunaux que l'on doit rechercher l'efficacité (c'est-à-dire la validité pour Alf Ross) de la norme¹⁵⁹.

« Lorsqu'il s'agit, dit-il, de déterminer la validité des normes juridiques, seule importe... l'application du droit par les tribunaux... L'effectivité, qui est la condition de la validité des normes, ne peut donc être recherchée que dans l'application judiciaire du droit et pas dans le droit qui fonctionne entre les personnes privées »¹⁶⁰.

Ainsi les réalistes scandinaves et américains arrivent à la même conclusion : le droit valable est celui effectivement appliqué par les tribunaux. La tâche de la science juridique est la prévision des décisions à venir des tribunaux¹⁶¹ ?.

* * *

En conséquence, dans la conception de la validité matérielle, la validité d'une norme se détermine par son efficacité, c'est-à-dire par l'application de cette norme par le juge. Cependant, comme le remarque Aulis Aarnio, « le problème n'a pas été résolu du point de vue du juge »¹⁶². En d'autres termes, « si l'efficacité signifie la possibilité d'appliquer une norme, elle n'est pas un critère très utile pour... le juge, qui doit savoir spécifiquement si cette norme oblige lorsqu'il prend une décision »¹⁶³. Aulis Aarnio appelle cela le *dilemme de l'efficacité*¹⁶⁴. « D'une part, une norme qui est seulement formellement valide peut rester lettre-morte si elle n'est pas appliquée, et d'autre part une norme devient effective si, et seulement si, elle oblige les autorités »¹⁶⁵. Autrement dit, sur la base de la conception de la validité matérielle,

« on ne peut pas donner au *juge* de réponse à la question de savoir s'il est lié ou non par certaines normes... Du point de vue du juge, il n'est pas important... de recevoir des informations sur la manière dont le juge (en d'autres mots, lui-même) agira. Le décideur doit déjà savoir, avant de juger, ce qui oblige et ce qui ne l'oblige pas »¹⁶⁶.

Comme le remarque Theodore M. Benditt, « un observateur peut prédire ce que le juge fait, mais un juge ne peut pas, au moment où il décide d'un cas, seulement prédire ce qu'il fait ; il le fait »¹⁶⁷. Alors on peut conclure que, du point de vue de l'observateur, on peut peut-être déterminer la validité d'une norme juridique par son efficacité ; mais du point de vue du juge, la validité d'une norme ne peut pas être définie par ce critère. Car, dans ce cas, comme le constate Aulis Aarnio, « la

159. Extrait de : Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, p.34, in Grzegorzczak, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.323.

160. *Ibid.*

161. Guastini, « Alf Ross... », *op. cit.*, p.263.

162. Extrait de : Aulis Aarnio, « On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms », in, W. Krawietz, Th. Mayer-Mly, O. Weinberger (ed.), *Objectivierung des Rechtsdenkens ; Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p.427-437 in Grzegorzczak, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.331.

163. *Ibid.*

164. *Ibid.*

165. *Ibid.*

166. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.54.

167. Theodore M. Benditt, *Laws as Rule and Principle*, Stanford, 1978, p.13 cité par Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.55.

définition perdrait sa logique interne et recouvrirait seulement quelques situations. D'après une telle définition, le juge devient alors l'étalon de ce qu'il doit lui-même considérer comme obligatoire »¹⁶⁸.

* * *

Recherchons à présent la validité des limites à la révision constitutionnelle dans la conception de la validité matérielle, c'est-à-dire selon le critère d'efficacité.

A la lumière des explications générales ci-dessus, on peut affirmer que selon cette conception, les dispositions de la constitution qui prévoient les limites à la révision constitutionnelle sont valables, si elles sont efficaces, autrement dit, suivies et appliquées effectivement par leur destinataire, c'est-à-dire par le pouvoir de révision constitutionnelle.

Essayons donc de déterminer si les normes de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont efficaces. On a précédemment noté que la recherche de l'efficacité d'une norme nécessite une comparaison entre le contenu de cette norme et la conduite effective de ses destinataires. Le destinataire des limites à la révision constitutionnelle est le pouvoir de révision constitutionnelle. Alors il faut faire une comparaison entre le contenu des normes de la constitution prévoyant des limites à la révision constitutionnelle et le contenu effectif des lois constitutionnelles édictées par le pouvoir de révision constitutionnelle. Dans l'hypothèse où l'on constate une discordance entre les contenus de ces deux groupes de normes, il faut conclure que les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas valables, car elles ne sont pas effectivement appliquées et suivies par le pouvoir de révision.

Alors en s'inspirant du réalisme américain, on peut affirmer qu'un juriste doit prévoir¹⁶⁹ ce que feront effectivement les autorités juridiques en cas d'une éventuelle loi de révision constitutionnelle qui serait contraire à ses limites. Pour un instant, essayons de faire une telle prédiction. D'abord rappelons-nous qu'une loi de révision constitutionnelle est édictée par le pouvoir de révision constitutionnelle. Et celui-ci, comme on l'a vu dans le titre préliminaire¹⁷⁰, est un pouvoir supérieur aux autres pouvoirs constitués du point de vue de sa fonction. Car, il exerce une *fonction* constituante sur les autres pouvoirs constitutionnels. En révisant la constitution, il peut redéfinir l'organisation et le fonctionnement des organes législatif, exécutif et judiciaire. Les derniers ne disposent pas de moyens juridi-

168. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.55.

169. Olivier Wendell Holmes définit le droit comme système des prédictions de ce que feront effectivement les tribunaux dans des cas d'espèce donnée. Extrait de : Olivier Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 1897, reprint in *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, p.167-202, in Grzegorzcyk, Michaut et Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, p.123). Voir également Grzegorzcyk, « La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », *op. cit.*, p.52.

170. Voir *supra*, Titre préliminaire, Chapitre 1, § 2, C, 5.

ques¹⁷¹ suffisants pour répondre au pouvoir de révision, parce que les normes posées par le pouvoir de révision occupent un rang supérieur à celles posées par les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Alors on peut théoriquement prévoir que tant qu'il n'y a pas d'organe capable d'invalider une loi de révision constitutionnelle, les limites à la révision constitutionnelle ne seront pas efficaces, par conséquent non valables.

Ainsi, de ce point de vue, la validité des limites à la révision constitutionnelle dépend en dernière analyse de leur application par les tribunaux. Car, comme on l'a déjà noté, selon le réalisme juridique américain, le droit est ce que font les tribunaux en cas d'espèce. Et selon le courant réaliste scandinave, la vérification d'une proposition qui affirme qu'une norme juridique est valable consiste dans l'application de la norme par les tribunaux.

Alors, dans cette conception, à la question de savoir *s'il y a une limite à la révision constitutionnelle*, on ne peut donner que la réponse suivante : « *Là où il y a une interdiction de réviser la constitution qui sera juridiquement sanctionnée, il y a une limite à la révision constitutionnelle* »¹⁷². Et la réponse affirmative à cette question dépend de l'existence d'une cour constitutionnelle capable de contrôler la constitutionnalité des *lois constitutionnelles*. Il s'ensuit que seule une telle cour peut assurer l'efficacité des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle. En d'autres termes, dans le cas où ces dispositions ne sont pas respectées, c'est-à-dire, où le pouvoir de révision adopte une loi de révision constitutionnelle contrairement à ces dispositions, si cette loi de révision constitutionnelle est annulable par une telle cour, ces limites seront efficaces, par conséquent valables. Ainsi le problème de l'efficacité des limites à la révision constitutionnelle se concentre sur le point de savoir s'il existe un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un pays donné.

Comme on l'a déjà annoncé, la deuxième partie de notre thèse est réservée à l'examen du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. C'est-à-dire que nous pouvons, à la fin de notre thèse, donner une réponse à la question de savoir si ces limites sont efficaces ou inefficaces suivant les pays. Mais pour l'instant, nous pouvons noter que dans les pays où il y a un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ces limites seront suivies et appliquées, c'est-à-dire, efficaces et par conséquent valables. Par contre, dans les pays où il n'existe pas un tel contrôle, ces limites ne seront pas efficaces. Le pouvoir de révision peut avoir alors la possibilité de ne pas se conformer aux limites à la révision constitutionnelle.

171. Soulignons le mot « juridiques », car à vrai dire, ces pouvoirs peuvent disposer des moyens politiques, sociaux, etc. L'examen de ces moyens, par hypothèse de notre travail, reste en dehors de notre thèse.

172. A la question de savoir *s'il y a un contrat*, Felix S. Cohen donne la réponse suivante : « *Là où une promesse qui sera juridiquement sanctionnée, il y a un contrat* » (Extrait de : Felix S. Cohen, « Transcendental and the Fonctional Approach », in Lucy Kramer Cohen (ed.), *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S Cohen*, New Haven, Yale University Press, 1960, p.337 in Grzegorzczuk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.127).

En conclusion, selon la conception de la validité matérielle, dans un pays où il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle ne sont pas efficaces, par conséquent elles ne sont pas valables. Alors en utilisant les termes du réalisme américain, on peut affirmer que, dans un tel pays, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle ne sont pas des « règles réelles », mais des « règles sur le papier »¹⁷³. A cet égard, rappelons-nous que dans la doctrine classique du droit constitutionnel aussi, ces limites sont qualifiées de « barrières de papier » par certains auteurs¹⁷⁴. Pour l'instant appelons cette conclusion¹⁷⁵ « la théorie réaliste de la validité des limites à la révision constitutionnelle ».

Nous nous contentons ici d'expliquer la validité des limites à la révision constitutionnelle selon la conception de la validité matérielle. La question de savoir si cette conception est fondée, c'est-à-dire si la validité de ces limites peut être appréciée par leur efficacité sera étudiée plus loin¹⁷⁶.

C. LA VALIDITE FORMELLE¹⁷⁷ (LA VALIDITE COMME APPARTENANCE¹⁷⁸) : LA THEORIE POSITIVISTE

Dans cette conception, la validité d'une norme se détermine par son appartenance à un ordre juridique donné¹⁷⁹, non pas par une qualité factuelle ou abstraite émanant de son contenu. En d'autres termes une norme est valable si elle fait partie d'un ordre juridique donné.

Cette conception de validité est privilégiée par les auteurs *positivistes*.

173. Les termes de Llewellyn. Extrait de Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence - the Next Step*, 1930, in Grzegorzczak, Michaut et Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, p.131.

174. Voir *supra*, ce chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1, A.

175. C'est-à-dire, celle selon laquelle dans les pays où il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas valables.

176. Voir *infra*, cette Section, Sous-section 2. (Le rapport entre la validité formelle et la validité matérielle).

177. Ost et van de Kerchove, *op. cit.*, p.272 ; Modugno, *op. cit.*, p.4 ; Conte, « Studio... », *op. cit.*, p.334 ; J. Wroblewski et ainsi que A. Aarnio utilisent le terme « validité systémique » au lieu de la « validité formelle » (voir Wroblewski, « Verification... », cité par Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.43). Dans la théorie du droit, la validité formelle est appelée aussi la « validité *tout court* » ou la « validité *stricto sensu* ». Voir Modugno, « Validità », *op. cit.*, p.4-5.

178. L'appartenance de la norme à un ordre normatif. Ou en termes kelsénien, l'existence spécifique de la norme, c'est-à-dire l'existence de la norme dans un ordre normatif. R. Guastini note que dans ce sens la validité signifie « membership » (Riccardo Guastini, « Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique », in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de -), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, p.220).

179. Ost, « Validité », *op. cit.*, p. 433 ; Conte, « Validità », *op. cit.*, p.421 ; Guastini, « Sur la validité de la constitution... », *op. cit.*, p.220.

Par exemple pour Kelsen, la validité (*Geltung*) est « le mode d'existence spécifique de la norme »¹⁸⁰. Selon lui, la validité n'est pas une propriété, un attribut de la norme, « mais son existence spécifique, son existence idéale »¹⁸¹. Bref, la validité est l'existence spécifique d'une norme. Qu'est-ce alors que l'existence spécifique d'une norme¹⁸² ? Selon Kelsen, l'existence spécifique d'une norme est l'existence de cette norme dans un ordre normatif¹⁸³.

Mais qu'est-ce qu'un *ordre normatif* ? Un ordre normatif, selon Kelsen, est un système de normes qui est formé par toutes les normes dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale¹⁸⁴. En d'autres termes, un ordre normatif se compose de deux types de normes. Le premier est la *norme fondamentale* qui fonde la validité des autres normes ; le deuxième est toutes les autres normes dont la validité peut être rapportée à cette norme fondamentale¹⁸⁵. Nous allons appeler cette seconde catégorie de normes des « normes posées », car, elles « doivent nécessairement être posées par un acte de création particulier. Ce sont des normes posées, c'est-à-dire positives »¹⁸⁶.

Ainsi, selon Kelsen, la validité est l'existence spécifique d'une norme, et, à son tour, l'existence spécifique est l'existence de cette norme dans un ordre normatif. Et on vient de noter que, selon cette conception, il y a deux types de normes dans un ordre normatif : la norme fondamentale et les normes posées. On peut alors affirmer qu'une norme est valable, si elle existe dans un ordre juridique déterminé. Et puisqu'il y a deux types de normes dans un ordre normatif, alors une norme est valable, si elle est la norme fondamentale qui fonde la validité des autres normes, ou bien si elle est une norme posée qui est fondée sur la norme fondamentale. En d'autres termes, une norme est valable si elle *est* le fondement de validité dans un ordre normatif ou bien si elle *a* le fondement de validité dans cet ordre¹⁸⁷.

1. Prenons d'abord le *deuxième cas*, et examinons la *validité des normes posées* ; c'est-à-dire les normes qui ont leur fondement dans l'ordre normatif, autrement dit, les normes dont la validité peut être rapportée à la norme fondamentale. Alors, une norme posée, pour exister dans un ordre normatif, c'est-à-dire pour être valable, doit être édictée conformément aux conditions posées par une autre norme. « Une norme, dit Kelsen, n'est pas valable parce qu'elle a certain contenu..., elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon, et plus précisément en dernière

180. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.13.

181. Kelsen, « Recht und Logik », *Forum*, 12, 1965, p.422, cité par Conte, « Validità », *op. cit.*, p.422.

182. Conte, « Validità », *op. cit.*, 422.

183. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.261.

184. *Ibid.*, p.257. « Un 'ordre' est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement » (*Ibid.*, p.25).

185. « Les normes d'un ordre juridique dont cette norme fondamentale est le fondement de validité commun sont... n'est pas un complexe de normes en vigueur les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie de normes superposées, ou subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.266).

186. *Ibid.*, p.262.

187. Conte, « Validità », *op. cit.*, 422.

analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale »¹⁸⁸. « C'est pour cette raison, et pour cette raison seulement qu'elle fait partie de l'ordre juridique dont les normes sont créées conformément à cette norme fondamentale »¹⁸⁹. En d'autres termes « la validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle »¹⁹⁰.

Ainsi, « la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Mais il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini... Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême »¹⁹¹. Kelsen appelle cette norme suprême la « norme fondamentale » (*Grundnorm*)¹⁹². Selon Kelsen, cette norme fondamentale

« est la source commune de la validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre ; elle est le fondement de leur validité. L'appartenance d'une norme à tel ou tel ordre à sa source dans le fait que le fondement ultime de sa validité est la norme fondamentale de cet ordre. C'est cette norme fondamentale qui fonde l'unité d'une pluralité des normes, par le fait qu'elle représente le fondement de la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre »¹⁹³.

* * *

2. Mais à son tour, cette norme fondamentale, d'où tire-t-elle sa validité ? Alors examinons maintenant *la question de la validité de la norme fondamentale*.

D'abord Kelsen constate que les normes posées d'un ordre juridique en dehors de la constitution historiquement première trouvent leur fondement dans cette dernière. Il se demande ensuite « quel est le fondement de la validité de cette Constitution historiquement première, c'est-à-dire d'une Constitution qui n'est pas née par voie de modification constitutionnelle d'une Constitution précédente »¹⁹⁴. En excluant d'une part l'existence d'un droit international, et d'autre part celle d'une autorité métajuridique telle que Dieu ou la Nature, Kelsen affirme qu'il n'y a qu'une réponse possible à cette question : la validité de cette Constitution doit être *supposée*, admise comme hypothèse¹⁹⁵. Ainsi la norme fondamentale d'un ordre juridique s'énoncera de la façon suivante :

« des actes de contrainte doivent être posés sous les conditions et de la manière que prévoient la constitution étatique historiquement première et les normes posées conformé-

188. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.261.

189. *Ibid.*

190. *Ibid.*, p.256.

191. *Ibid.* p.257.

192. *Ibid.*

193. *Ibid.*

194. *Ibid.*, p.264-265.

195. *Ibid.*, p.265.

ment à cette Constitution ; ou en forme abrégée : on doit se conduire de la façon que la Constitution prescrit »¹⁹⁶.

Ainsi cette norme fondamentale « a donc pour fonction de fonder la validité objective d'un ordre juridique positif »¹⁹⁷.

Selon Kelsen, la validité de la norme fondamentale « ne peut être que supposée. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure ; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question »¹⁹⁸. Car « il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini... Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême »¹⁹⁹.

Même si la norme fondamentale est une hypothèse, selon Kelsen cette hypothèse est une norme. Car,

« il faut de toute nécessité que la nécessité que cette hypothèse soit une norme, puisque seule une norme peut être le fondement de la validité d'une autre norme : mais elle ne sera pas une norme posée par une autorité juridique, mais une norme supposée, c'est-à-dire une norme que l'on suppose si l'on reconnaît à la signification subjective et de l'acte constituant et des actes créateurs de normes posés conformément à la Constitution, le caractère de signification objective aussi »²⁰⁰.

196. *Ibid.*, p.265-266.

197. *Ibid.*, p.267.

198. *Ibid.*

199. *Ibid.*

200. *Ibid.*, p.265. Notons qu'Alf Ross a vivement critiqué Kelsen sur ce point. La critique de Ross consiste à dire que « la science du droit suppose une norme fondamentale qui prescrit d'obéir à la constitution, elle sort de son rôle ; elle n'est plus une science qui décrit objectivement le monde, elle n'est plus une science du tout et Kelsen n'est donc qu'un 'quasi-positiviste' » (Troper, « Un système pur du droit... », *op. cit.*, p.128. Voir, Extrait de : Alf Ross, « Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista Juridica de Buenos Aires* 1961, IV, p. 46 et s. in Grzegorzczuk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.206). En ce sens voir encore Guastini, « Sur la validité de la constitution... », *op. cit.*, p.222-225.

Kelsen, à la fin de sa vie, a adopté une deuxième interprétation sur la norme fondamentale. Selon cette deuxième interprétation, « la norme fondamentale n'a aucun contenu et elle ne prescrit pas d'obéir à la constitution ; elle est simplement un présupposé épistémologique. Il le dit encore d'une autre façon : c'est un présupposé nécessaire de tout juriste quel qu'il soit. Donc ici la science ne fait que dévoiler l'existence de ce présupposé, que postule nécessairement tout juriste dans son travail. Tout juriste qui traite la loi comme droit, présuppose en effet que cette loi est valide et présuppose par conséquent que c'est la constitution qui est le fondement de validité de cette loi. Mais pour présupposer que la constitution est ce fondement, il faut présupposer que la constitution est elle-même valide. Donc, tout juriste qui applique sa méthode spécifique et qui décrit le droit comme le droit, présuppose une norme fondamentale. En ce sens la norme fondamentale est, dit-il dans la dernière partie de sa vie, une fiction ; on ne suppose pas que cette norme fondamentale existe. C'est une fiction à la quelle on ne peut pas ne pas avoir recours si l'on veut interpréter le droit comme droit » (Troper, « Un système pur du droit... », *op. cit.*, p.128-129).

Kelsen, dans son ouvrage posthume *Allgemeine Theorie der Normen*, écrit que « la norme fondamentale n'est pas une norme positive, mais une norme simplement pensée, la signification de l'acte de volonté non pas réel, mais fictif. Dans cette mesure, elle est une fiction véritable... En effet, le présupposé d'une norme fondamentale... comme la norme fondamentale d'un ordre juridique : 'On doit se comporter comme le prescrit la constitution historiquement première' n'est pas seulement

En résumé, selon la conception de la validité formelle, une norme est valable, si elle existe dans un ordre juridique donné, autrement dit, si elle appartient à un ordre juridique donné. En d'autres termes, une norme est valable, si et seulement si elle a été produite conformément à une norme supérieure, et en dernière analyse, conformément à la norme fondamentale.

contraire à la réalité, puisqu'il n'existe aucune norme de ce genre qui soit la signification d'un acte de volonté réel, mais aussi contradictoire en elle-même, puisqu'elle comporte l'habilitation d'une autorité morale ou juridique suprême et présuppose une autorité - mais seulement fictive - encore supérieure à ces autorités... L'objectif de la norme fondamentale est le suivant : fonder la validité d'une norme qui constitue un ordre positif moral ou juridique, ou interpréter la signification objective des actes qui posent normes comme leur signification objective, c'est-à-dire comme les normes valides et les actes eux-mêmes comme des actes normateurs. Cet objectif ne peut être atteint que par le moyen d'une fiction » (Extrait de : Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, p.206-207, in Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.138.

Sous-section 2

LES CONDITIONS DE LA VALIDITE JURIDIQUE DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Après avoir ainsi vu les trois conceptions de la validité juridique, nous pouvons maintenant passer à l'examen de la question de savoir quelles sont les conditions que doivent remplir des limites à la révision constitutionnelle pour qu'elles soient valables. Pour pouvoir répondre à cette question, il suffit en effet de déterminer le bien-fondé de ces trois conceptions de la validité juridique.

Alors quelle conception (validité axiologique, validité matérielle ou validité formelle) est fondée ?

Le rejet de la conception de la validité axiologique. – On se rappellera qu'après avoir exposé la conception de la validité axiologique (validité comme justice), nous avons immédiatement refusé cette conception. Car, comme on l'a vu¹, il n'existe pas de critère objectif et universel qui permet de distinguer « ce qui est juste » de « ce qui est injuste ». Par conséquent, conformément à la théorie de Kelsen, nous pouvons conclure que *la validité d'une norme est indépendante de sa valeur (justice), c'est-à-dire de sa validité axiologique*². Une norme peut être

1. Cette sous-section, § 1, A.

2. Notons que les *post-positivistes* ne sont pas de cet avis. Le point de départ du post-positivisme est « le constat de la permanence des oppositions entre les trois principaux courants théoriques, à savoir le jusnaturalisme, le positivisme et le réalisme juridiques, chacun insistant sur certaines faiblesses évidentes des deux autres, mais aucun n'arrivant à s'imposer au détriment de ses concurrents » (Grzegorzcyk, « La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », *op. cit.*, p.63). Dans un article programmatique de 1981, les trois post-positivistes (A. Aarnio, R. Alexy et A. Peczenik) constatent que « les imperfections de chacune de ces doctrines sont devenues trop évidentes. L'objectif de la théorie du droit pour le reste de ce siècle n'est pas le choix entre les courants dont chacun sort affaibli de décennies d'analyse critique, mais la collection de leurs parties demeurées intactes. La constitution d'une théorie juridique intégrale ou globale - voilà ce que doit être sa tâche » (Extrait de : Aulis Aarnio, Robert Alexy et Aleksander Peczenik, « The Foundation of Legal Reasoning », *Rechtstheorie*, 12, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de -), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.159). Par exemple, Aulis Aarnio, étant un post-positiviste, définit

valable, c'est-à-dire peut exister dans un ordre juridique sans qu'elle soit juste. Le problème de la justice d'une norme n'entre pas en ligne de compte³. Car,

« une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu... elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon... Il suit de là que n'importe quel contenu peut être droit. Il n'existe pas de conduite humaine qui serait exclue comme telle, en raison de son fond, de la possibilité de devenir le contenu d'une norme juridique »⁴.

En conclusion, en admettant la théorie kelsénienne, nous pouvons affirmer que la validité d'une limite à la révision constitutionnelle ne dépend pas de sa valeur de justice, c'est-à-dire de sa validité axiologique. Une limite à la révision constitutionnelle peut être valable sans qu'elle soit juste.

Le rapport entre la validité formelle et la validité matérielle. – On se rappellera également qu'après avoir exposé la conception de la validité matérielle (validité comme efficacité)⁵ et la conception de la validité formelle (validité comme appartenance)⁶ nous n'avons pas discuté de la question de savoir si ces conceptions sont fondées. Voyons maintenant cette question, c'est-à-dire celle de savoir si la validité d'une norme se détermine par son appartenance à un ordre juridique ou par son efficacité ou bien par ces deux critères à la fois. En d'autres termes, nous allons étudier ici le rapport entre la validité formelle et la validité matérielle d'une norme.

Cette question se pose dans le cas où une norme est formellement valable, c'est-à-dire qu'elle a été créée conformément à une norme supérieure, et cependant où elle n'est pas efficace, c'est-à-dire qu'elle n'est pas effectivement appliquée et suivie par ses destinataires⁷.

la validité d'une norme par trois critères ci-dessus, c'est-à-dire la validité systémique, l'efficacité et l'acceptabilité. L'auteur utilise le terme « acceptabilité » pour la validité axiologique (Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable op. cit.*, p.43). Selon lui, la validité d'une norme ne dépend pas seulement de sa validité systémique et de son efficacité, mais aussi de son acceptabilité. «Un système juridique, dit-il, est un ordre juridique si et seulement si certains critères moraux sont respectés» (Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable op. cit.*, p.49). A titre d'exemples, il évoque les systèmes juridiques des régimes de Hitler et de Pol Pot. « De tels régimes, dit Aarnio, nous confrontent nécessairement à des sérieuses questions portant sur l'acceptabilité de l'ordre juridique. Dans des cas extrêmes, le système normatif dans son entièreté doit être rejeté en tant qu'ordre juridique » (*Ibid.*).

3. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p.267.

4. *Ibid.*, p.262-263

5. Cette section, sous-section 1, § 2, B.

6. Cette section, sous-section 1, § 2, C.

7. En ce qui concerne les dispositions de la constitution, une telle question est posée par Dmitri Georges Lavroff : « est-ce qu'un texte de nature constitutionnelle garde sa valeur lorsqu'il est ouvertement et gravement violé? » (Lavroff, *Le droit constitutionnel..., op. cit.*, p.90). Selon le président Lavroff, « le non-respect renouvelé des dispositions de la constitution, l'existence d'un décalage trop grand entre la norme constitutionnelle et la pratique constitutionnelle, entraînent une désuétude de la norme constitutionnelle et, du même coup, sa disparition. La chose est..., particulièrement nette sous la V^e République où... il y a une méconnaissance très profonde des règles constitutionnelles pour tout ce qui concerne la structure organique du pouvoir et les rapports entre les organes constitutionnels. Alors qu'il est patent que les dispositions inscrites dans la Constitution sont ouvertement violées..., il n'y a aucun moyen permettant d'obtenir un respect rigoureux de la Constitution » (*Ibid.*).

Sur cette question, il y a deux thèses contradictoires. La première est soutenue par Alf Ross, la deuxième par Hans Kelsen,

1. *La thèse d'Alf Ross.* – Selon Alf Ross, la norme qui se trouve dans un tel cas n'est pas valable. Car, dans sa théorie, la validité d'une norme dépend de son efficacité. Autrement dit, l'efficacité est la condition de la validité juridique des normes. « L'effectivité, dit-il, n'est autre chose que la validité du droit »⁸. « Lorsqu'il s'agit de déterminer la validité des normes juridiques, seule importe... l'application du droit par les tribunaux »⁹. Le fondement de la validité du droit se trouve dans les décisions des tribunaux¹⁰. En effet, nous avons vu cette thèse plus haut sous le titre consacré à la conception de la validité matérielle¹¹.

2. *La thèse de Hans Kelsen.* – Selon Hans Kelsen, la validité d'une norme dépend essentiellement de son appartenance à un ordre juridique donné. En d'autres termes, la validité d'une norme juridique ne se confond pas avec son efficacité réelle¹². Car,

« la validité d'une norme constitue un *Sollen*, et non un *Sein*, elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de *Sein* que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie (*begolt*), que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement. Affirmer qu'une norme vaut, est valable, n'équivaut pas simplement à constater le fait qu'elle est appliquée et suivie effectivement »¹³.

Par ailleurs, Kelsen montre que la validité et l'efficacité des normes ne coïncident pas non plus *dans le temps*. Car, les normes juridiques entrent en vigueur avant même qu'elles ne deviennent efficaces, « lorsqu'un tribunal applique dans un cas concret une loi qui vient seulement d'être édictée ; il applique une norme juridique valable, alors qu'elle ne peut pas être déjà devenue effective »¹⁴.

Ainsi, dans la conception kelsénienne que nous suivons tout au long de cette section, c'est la conception de la validité formelle qui est fondée. La norme juridique se définit alors comme celle qui appartient à un ordre juridique donné. La question de savoir si cette norme est juste ou efficace n'est pas un critère de sa définition.

* * *

Toutefois, Hans Kelsen admet qu'il peut exister *une certaine corrélation entre la validité formelle et l'efficacité (validité matérielle) d'une norme*¹⁵.

8. Extrait de : Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, p.34 in Grzegorzczuk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.323.

9. *Ibid.*, p.323-324.

10. *Ibid.*

11. Cette sous-section, § 1, B.

12. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.286.

13. *Ibid.*, p.14-15.

14. *Ibid.* p.15.

15. *Ibid.*, p.15, 286.

Selon Kelsen, cette corrélation existe à deux égards : d'une part, entre la validité d'une norme et l'efficacité de l'ordre juridique global auquel appartient cette norme, et d'autre part, entre la validité de la norme et son efficacité elle-même. Commençons par la première

a) *La validité d'une norme et l'efficacité de l'ordre juridique.* - Selon Kelsen, il y a un lien entre la validité d'une norme et l'efficacité de l'ordre juridique auquel appartient cette norme. Si un ordre juridique pris globalement perd son *efficacité*, toutes les normes qui se trouvent dans cet ordre perdent leur *validité*. Parce que les normes de l'ordre juridique sont valables, si elles existent dans cet ordre, c'est-à-dire si elles sont créées conformément à la norme fondamentale. Et la norme fondamentale, on l'a vu, se définit, d'une façon abrégée, comme la norme qui dit qu'« on doit se conformer à la constitution ». Par conséquent, les normes juridiques sont valables, tant que cette constitution est *efficace*. « Dès que la Constitution et par conséquent l'ordre juridique posé sur la base de cette Constitution perdent leur efficacité en tant que tout, l'ordre juridique pris globalement et par là même chacune de ses normes en particulier perdent leur validité »¹⁶. En d'autres termes, « un *ordre juridique* est considéré comme valable si ces normes sont efficaces, c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées, *en gros et de façon générale* »¹⁷.

b) *La validité d'une norme et le minimum d'efficacité de cette norme elle-même.* - Hans Kelsen admet également qu'il peut exister une certaine corrélation entre la validité d'une norme et l'efficacité de cette norme elle-même. Car,

« on ne considère une norme juridique comme objectivement valable que si la conduite humaine qu'elle règle y correspond effectivement, tout au moins, jusqu'à un certain point. Une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais, c'est-à-dire une norme qui, comme on s'exprime habituellement, ne bénéficie pas d'un *minimum d'efficacité*, n'est pas reconnue comme une norme juridique objectivement valable. *Un minimum d'efficacité est donc une condition de la validité des normes juridiques* »¹⁸.

En d'autres termes, selon Kelsen, « lorsqu'une norme juridique demeure dépourvue d'efficacité d'une façon durable, elle n'est plus considérée comme valable »¹⁹. Il convient de souligner qu'il s'agit d'« un minimum d'efficacité ». C'est-à-dire que pour Kelsen, « une norme juridique considérée isolément, ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas efficace, c'est-à-dire qu'elle n'est pas obéie

16. *Ibid.*, p.287. Il convient de noter que l'ordre juridique ne perd pas sa *validité*, lorsque « l'une d'entre ses normes juridiques perd son *efficacité*, c'est-à-dire n'est plus appliquée soit du tout soit dans un certain nombre de cas » (*Ibid.*).

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*, p.14-15.

19. *Ibid.*, p.15. C'est nous qui soulignons. Il convient de préciser ce qu'entend Kelsen par l'efficacité des normes juridiques. « Lorsque, dit Kelsen, une norme juridique attache à la condition d'une certaine conduite la conséquence d'une sanction, faisant ainsi de la conduite en question un délit, on devra dire que cette norme est 'efficace', soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoyait, soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction » (*Ibid.*)

ou appliquée seulement dans un certain nombre de cas où elle devait l'être »²⁰. Mais, d'un autre côté, Kelsen ne considère pas comme valable

« une norme qui n'est en fait jamais obéie ou appliquée. Et, effectivement, une norme juridique peut perdre sa validité par le fait qu'elle demeure d'une façon permanente inappliquée et non obéie : c'est ce que l'on appelle la désuétude, *desuetudo*. La désuétude est pour ainsi dire une coutume négative, dont la fonction *per quam* consiste à annuler la validité d'une norme existante »²¹.

En conclusion, selon Kelsen, l'efficacité de l'ordre juridique auquel appartient la norme en question et l'efficacité de cette norme elle-même sont des conditions de sa validité.

* * *

Il convient cependant de souligner que, dans la théorie de Kelsen, la condition essentielle de la validité juridique d'une norme est toujours sa validité formelle, c'est-à-dire son appartenance à un ordre juridique donné. L'efficacité de l'ordre juridique auquel appartient de la norme et le minimum d'efficacité de cette norme elle-même ne sont que des conditions additionnelles. En d'autres termes, elles sont des conditions en tant qu'il faut qu'elles s'ajoutent à l'édiction des normes juridiques pour qu'elles ne perdent pas leur validité²². En ce sens, Kelsen observe qu'

« une condition ne peut pas être identique à ce qui est conditionné par elle. Ainsi, les hommes ne vivent qu'à condition d'être nés, d'avoir été engendrés ; mais pour qu'ils demeurent en vie, d'autres conditions encore doivent être remplies, – par exemple, il faut qu'ils reçoivent de la nourriture. Si cette condition n'est pas remplie, ils perdent la vie. Mais la vie n'est identique ni avec le fait d'être mis au jour, ni avec le fait de recevoir de la nourriture »²³.

Hans Kelsen explique la même situation dans son *General Theory of Law and State*, en termes suivants :

« Chaque norme singulière perd donc sa validité quand l'ordre juridique global auquel elle appartient perd globalement son efficacité. L'efficacité de l'ordre juridique tout entier

20. *Ibid.* « Bien au contraire..., il est indispensable qu'il puisse y avoir contrariété entre ce qu'une norme statue comme devant avoir lieu et ce qui se passe effectivement ; une norme qui poserait que doit avoir lieu - au sens du *Sollen* - une chose dont il serait certain par avance que, selon une loi naturelle, elle doit nécessairement arriver, une telle norme serait dépourvue de sens ; on ne pourrait pas la considérer comme une norme valable » (*Ibid.*, p.287-288).

21. *Ibid.*, p.288. « L'efficacité est une condition de la validité, mais elle n'est pas cette validité elle-même » (*Ibid.*). De plus, « si l'on réduit la validité à une réalité naturelle quelconque, on est hors d'état de saisir le sens authentique dans lequel le droit s'adresse à la réalité qui peut soit être conforme aux normes juridiques, soit y être contraire » (*Ibid.*, p.269). Kelsen, dans sa critique adressée à Alf Ross, affirme qu'« exclure la notion de validité de la notion de droit, c'est éliminer l'élément spécifique juridique, c'est-à-dire l'élément original qui est proprement le critère décisif de cette conduite qui forme l'objet de la science du droit » (*Ibid.*, p.283). Car, l'idée de normativité ne peut pas être exclue de la notion de droit. Et cette idée n'est pas autre chose que celle d'une norme de *Sollen* (*Ibid.*). Par conséquent « on ne peut pas définir la notion du droit sans avoir recours à la notion de validité normative » (*Ibid.*, p.284).

22. *Ibid.*, p.15. C'est nous qui soulignons.

23. *Ibid.*, p.287.

est la condition nécessaire de la validité de chacune des normes particulières de cet ordre. C'est une *conditio sine qua non* mais non une *conditio per quam*. L'efficacité de l'ordre juridique global est la condition, mais non la raison de la validité des normes qui le constituent. Ces normes sont valides, non parce que l'ordre global est efficace, mais parce qu'elles ont été créées de la manière prévue par la constitution. Elles sont valides cependant à la seule condition que l'ordre juridique global soit efficace ; elles cessent d'être valides non seulement lorsqu'elles sont annulées selon la procédure prévue par la constitution, mais aussi lorsque l'ordre juridique global perd son efficacité. On ne peut prétendre que juridiquement les hommes doivent se comporter conformément à une certaine norme si l'ordre juridique global, dont cette norme fait partie intégrante, a perdu son efficacité »²⁴.

* * *

Maintenant en suivant la théorie kelsénienne, nous pouvons répondre à la question posée au début de cette sous-section, c'est-à-dire *celle de savoir quelles sont les conditions que doit remplir une norme pour être valable*. Alors nous avons une condition *per quam* et deux conditions *sine qua non*.

1. La condition *per quam* de la validité juridique d'une norme est sa validité formelle, c'est-à-dire son appartenance à un ordre juridique donné. Une norme qui n'appartient pas à un ordre juridique donné, c'est-à-dire, qui n'a pas été produite conformément à une norme supérieure et en dernière analyse à la norme fondamentale ne peut pas être une norme juridique valable.

2. Les conditions *sine qua non* :

a) La première condition *sine qua non* de la validité d'une norme juridique est que *l'ordre juridique auquel appartient la norme en question doit être efficace*. Si l'ordre juridique perd son efficacité, toutes les normes appartenant à cet ordre perdent leur validité.

b) La deuxième condition *sine qua non* de la validité d'une norme juridique est que la norme en question doit avoir elle-même un *minimum d'efficacité*. Une norme qui demeure dépourvue d'efficacité d'une façon durable ne peut pas être considérée comme valable²⁵. Cependant une norme juridique prise isolément ne

24. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, p.118-119. (Traduction de ce passage appartient à Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.326-327).

25. Par contre, selon Guy Héraud, la validité particulière de chaque pièce de l'ordre juridique se définit seulement par la validité formelle. Ainsi, tout acte émis conformément au droit est valable (Héraud, *Validité juridique*, *op. cit.*, p.483). Ainsi, pour lui, la sanction est le propre de l'ordre juridique *in globo*, et non pas de ses éléments *ut singuli* (*op. cit.*, p.479). Par conséquent pour Guy Héraud, pour la validité d'une norme particulière cette condition supplémentaire, c'est-à-dire l'efficacité minimum, n'est pas exigée. En d'autres termes, une norme appartenant à un ordre juridique peut être valable sans qu'elle soit elle-même efficace ; à condition que l'ordre juridique auquel appartient la norme en question soit efficace (*Ibid.*, p.479-484). En ce sens voir encore Marc Vanquickenborne, « Quelques réflexions sur la notion de validité », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p.191 : « Si la loi n'est pas appliquée correctement par les tribunaux, elle ne perd pas sa validité, car celle-ci est uniquement fonction de sa conformité à la Constitution. C'est pourquoi, l'inobservance d'une loi de la part des citoyens n'a également aucune influence sur sa validité. Ainsi selon G. Héraud et M. Vanquickenborne, il y a une corrélation entre les notions de validité et

perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas obéie ou appliquée *seulement* dans un certain nombre de cas où elle devait l'être. Mais, d'un autre côté, on ne considère pas comme valable une norme qui n'est en fait jamais obéie ou appliquée. En d'autres termes, une norme qui est tombée en désuétude perd sa validité juridique.

* * *

Recherchons maintenant si les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel remplissent la condition *per quam* et les deux conditions *sine qua non* de la validité juridique. Si ces limites remplissent ces conditions, elles peuvent être identifiées comme normes juridiques valables. Et dans ce cas, elles seront obligatoires conformément à l'équation kelsénienne « validité = force obligatoire » que nous avons adoptée au début de cette section.

§ 1. LA CONDITION *PER QUAM*

Comme nous venons de le dire, la condition *per quam* de la validité juridique d'une norme est la *validité formelle* de cette norme. Alors maintenant recherchons si les limites à la révision constitutionnelle prévues par la constitution sont formellement valables. Nous avons plus haut²⁶ expliqué que la validité formelle d'une norme se détermine par son appartenance à un ordre juridique donné. Si une norme existe dans un ordre juridique, elle est formellement valable. Et pour cela, une norme doit être créée d'une façon qui est déterminée par une norme supérieure, et en dernière analyse par la norme fondamentale.

Alors pour savoir si les limites à la révision constitutionnelle sont formellement valables, il faut poser la question suivante : « ces limites appartiennent-elles à un ordre juridique donné » ? Et pour répondre à cette question, il faut rechercher si ces limites ont été créées d'une façon qui est déterminée par la norme fondamentale.

Les limites à la révision constitutionnelle dont nous parlons ici sont des limites prévues par les textes constitutionnels. En d'autres termes, comme on l'a déjà montré²⁷, elles sont dans la forme des dispositions constitutionnelles. Et en tant que dispositions de la constitution, elles sont formellement valables, car elles appartiennent à l'ordre juridique dont fait partie la constitution. C'est-à-dire, ces limites existent dans la constitution, parce que, soit, elles sont créées par le pouvoir

d'efficacité, mais, à condition que l'efficacité soit le caractère de l'ordre juridique *in globo*, non pas de la norme juridique prise séparément. En d'autres termes si une norme appartient à un ordre juridique efficace, cette norme est valable, même si cette norme prise séparément n'est pas efficace. (Héraud, *op. cit.*, p.478-479 : « La validité est pour l'ordre juridique, pris comme un tout, le synonyme d'existence : un ordre n'est juridique que s'il est mû, soutenu, par la plus grande force ». Vanquickenborne, *op. cit.*, p.191 : « Mais lorsqu'il s'agit de déterminer la validité de tout un système, il faut admettre qu'elle coïncide simplement avec son efficacité ». Ainsi nous pouvons conclure que ces auteurs n'exigent pas notre deuxième condition supplémentaire, c'est-à-dire l'efficacité minimum de la norme juridique en question. Pour eux, il n'y a qu'une seule condition supplémentaire : l'efficacité de l'ordre juridique *in globo*.

26. Cette section, sous-section 1, § 2, C.

27. Cette section, sous-section 1, § 2, A.

constituant originaire²⁸, soit, parce qu'elles sont ajoutées à la constitution par le pouvoir de révision constitutionnelle selon la procédure déterminée par cette constitution elle-même²⁹. Et l'existence de ces limites dans la constitution signifie qu'elles appartiennent à l'ordre juridique, et par conséquent, elles sont formellement valables. En conclusion, *les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel remplissent la condition per quam de la validité juridique.*

§ 2. LES CONDITIONS *SINE QUA NON*

Mais pour que les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel ne perdent pas leur validité, il faut qu'elles remplissent encore deux conditions *sine qua non*. Alors vérifions à présent si les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel remplissent ces deux conditions.

A. L'EFFICACITE DE L'ORDRE JURIDIQUE AUQUEL APPARTIENNENT LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

La première condition *sine qua non* de la validité juridique d'une norme est *l'efficacité de l'ordre juridique auquel appartient cette norme*. En d'autres termes, pour qu'une norme déjà valable ne perde pas sa validité, il faut que l'ordre juridique auquel appartient cette norme soit efficace³⁰. Si l'ordre juridique global perd son *efficacité*, toutes les normes appartenant à cet ordre perdent leur *validité*³¹. Les hommes n'ont pas d'obligation d'obéir à un ordre juridique qui n'est plus efficace. En effet, dans la pratique juridique, ce problème se pose très rarement (seulement à la suite des événements révolutionnaires). Car, l'existence même de l'ordre juridique dépend de son efficacité³². Autrement dit, s'il existe un ordre juridique, il est nécessairement efficace. Un ordre normatif qui n'est pas efficace n'est pas un ordre juridique³³.

Recherchons alors l'efficacité de l'ordre juridique auquel appartiennent les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle. Un ordre juridique est efficace si la constitution à laquelle se rapporte la

28. Par exemple, le dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution française de 1958 (la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision) a été adopté de cette façon.

29. Par exemple, le paragraphe 3 de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision) a été ajouté à cette loi par la loi du 14 août 1884 par le pouvoir de révision conformément la procédure prévue par la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

30. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.286.

31. *Ibid.*, p.287.

32. *Ibid.*

33. Dans ce sens Michel Virally remarque à juste titre que « le problème de l'effectivité ne se pose pas pour l'ordre juridique. Ou, plutôt, il se confond avec celui de son existence. Un ordre juridique est effectif ou bien il n'est pas. On peut concevoir une norme dépourvue d'effectivité... mais non pas un ordre juridique » (Virally, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p.140).

norme fondamentale de cet ordre est efficace, c'est-à-dire si les normes posées conformément à cette constitution sont appliquées et obéies en gros et de façon générale. Si à la suite d'une révolution, la constitution perd son efficacité, l'ordre juridique global qui est fondé sur cette constitution perd aussi son efficacité. Et dès que l'ordre juridique global perd son *efficacité*, les normes de cet ordre perdent leur *validité*. On peut donc affirmer que si l'ordre juridique global perd son *efficacité* à la suite d'une révolution, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle, et qui appartiennent à cet ordre, perdent leur *validité*. Bref après une révolution, les limites à la révision constitutionnelle prévues par la constitution ne sont plus valables, par conséquent *elles ne sont plus obligatoires pour le pouvoir constituant originaire*³⁴. On peut donc conclure que *tant qu'il n'y a pas de révolution, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle remplissent la première condition sine qua non de la validité juridique*.

B. LE MINIMUM D'EFFICACITE DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE ELLES-MEMES

La deuxième condition *sine qua non* de la validité juridique d'une norme était le *minimum d'efficacité* de cette norme elle-même³⁵. Selon cette condition, pour qu'une norme appartenant à un ordre juridique donné ne perde pas sa validité, elle doit avoir elle-même un minimum d'efficacité, c'est-à-dire qu'elle doit être appliquée et obéie, *tout au moins, jusqu'à un certain point*³⁶. Une norme qui demeure dépourvue d'efficacité *d'une façon durable* ne peut pas être considérée comme valable³⁷. Cependant une norme prise isolément ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas obéie ou appliquée *seulement dans un certain nombre de cas* où elle devait l'être³⁸. Mais, d'un autre côté, on ne considère pas comme valable une norme qui n'est en fait *jamais* obéie ou appliquée. En d'autres termes, une norme, pour qu'elle reste valable, ne doit pas tomber en *désuétude*³⁹.

Maintenant recherchons si les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle remplissent cette deuxième condition *sine qua non*. En d'autres termes, vérifions si les limites à la révision constitutionnelle bénéficient d'un minimum d'efficacité.

* * *

Avant cette vérification, il faut résoudre un problème préalable. En effet, la vérification de la condition *per quam* (la validité formelle) et de la première condi-

34. On se rappellera que dans le titre préliminaire (chapitre 2, section 2, § 1) nous avons conclu que les limites à la révision constitutionnelle ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir constituant *originaire*. Ainsi nous venons d'affirmer la même conclusion du point de vue de la théorie de la validité juridique aussi.

35. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.14-15, 287-288.

36. *Ibid.*, p.14-15.

37. *Ibid.*, p.15.

38. *Ibid.*, p.287.

39. *Ibid.*, p.288.

tion *sine qua non* (l'efficacité de l'ordre juridique) était facile. Si une limite à la révision constitutionnelle appartenait à l'ordre juridique, elle était valable. Et s'il n'y avait pas de révolution, l'ordre juridique global était efficace. Mais la vérification de la deuxième condition *sine qua non* s'avère difficile ; car, cette notion kelsénienne d'« un minimum d'efficacité » reste dans plusieurs cas imprécise.

Le problème de la l'imprécision de la notion d'un minimum d'efficacité.— D'abord notons qu'il y a des auteurs, comme Jean Carbonnier ou Paul Amsselek, qui critiquent la notion kelsénienne d'un *minimum d'efficacité*. Leur critique porte en effet sur la version de cette notion dans la première édition de la *Théorie pure du droit*. Et dans la première édition, Hans Kelsen expliquait la même notion par des termes un peu différents :

« L'ordre positif correspond dans une certaine mesure à la conduite effective des individus régis par lui... On peut se représenter ce rapport comme une tension entre la norme et le fait, mais pour la définir on doit se borner à indiquer une limite inférieure, en disant que la possibilité de concordance ne doit pas dépasser un maximum, ni tomber au-dessus d'un minimum »⁴⁰.

Devant cette affirmation, Jean Carbonnier posait la question suivante : « quel est le taux maximum d'ineffectivité qui est compatible avec l'existence d'une règle de droit »⁴¹ ? Quant à Paul Amsselek, il affirme qu'

« on ne saurait être plus imprécis, plus obscur : 'dans une certaine mesure', cela ne veut-il pas dire, suivant une réflexion très perspicace, 'dans une mesure incertaine' ? Et la science du droit peut-elle retenir, en toute rigueur, une notion aussi peu définie pour caractériser, pour spécifier l'une des notions-clés sur lesquelles elle repose »⁴² ?

Rappelons que dans la deuxième édition de la *Théorie pure du droit*, comme on l'a vu, Kelsen, en parlant de la même condition, utilise l'expression de « la correspondance *tout au moins, jusqu'à un certain point* entre la norme et la conduite humaine qu'elle règle », ainsi que celle d'« un *minimum d'efficacité* »⁴³, au

40. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. par Henri Thévenaz, Neuchâtel, La Bocannière, 1953, p.118 (1988, p.127). Dans la deuxième édition de la *Théorie pure du droit*, Kelsen dit : « On ne considère une norme juridique comme objectivement valable que si la conduite humaine qu'elle règle y correspond effectivement, *tout au moins, jusqu'à un certain point*. Une norme qui n'est appliquée ni suivie *nulle part ni jamais*, c'est-à-dire une norme qui, comme on s'exprime habituellement, ne bénéficie pas d'un *minimum d'efficacité*, n'est pas reconnue comme une norme juridique objectivement valable. Un minimum d'efficacité est donc une condition de la validité des normes juridiques » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, (Traduction française de la 2^e édition de la « Reine Rechtslehre par Ch. Eisenmann), *op. cit.*, p.14-15. C'est nous qui soulignons). « Lorsqu'une norme juridique demeure dépourvue d'efficacité *d'une façon durable*, elle n'est plus considérée comme valable » (*Ibid.*, p.15. C'est nous qui soulignons).

41. Jean Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, 1957-1958, 3^e série, p.13-14, cité par Amsselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p.334.

42. Amsselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p.334.

43. Voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, (Traduction française de la 2^e éd. de la « Reine Rechtslehre par Ch. Eisenmann), *op. cit.*, p.14-15.

lieu de celle de « la correspondance *dans une certaine mesure* entre la norme et le fait »⁴⁴.

Alors la notion d'« un minimum d'efficacité » est-elle suffisamment précise ?

Notons toute de suite que notre réponse aussi est essentiellement négative. Néanmoins nous allons essayer ici de préciser cette notion en indiquant trois points différents de l'efficacité d'une norme : le point de l'« inefficacité totale », le point de l'« efficacité totale », et entre ces deux, sur « un certain point », celui de l'« efficacité minimum ».

Le point de l'inefficacité totale et celui de l'efficacité totale sont précis. Ils sont objectivement déterminables. Ainsi, une norme qui n'a été jamais obéie ou appliquée dans les cas où elle devait l'être se trouve dans l'inefficacité totale ; et, une telle norme n'est pas considérée comme une norme valable. D'autre part, une norme qui a été obéie ou appliquée dans tous les cas où elle devait l'être se trouve sur le point de l'efficacité totale ; et une telle norme peut être considérée comme valable.

Cependant Kelsen n'exige pas une efficacité totale pour qu'une norme soit valable. Selon Kelsen une norme juridique considérée isolément ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas obéie ou appliquée *seulement dans un certain nombre de cas* où elle devait l'être⁴⁵. En d'autres termes, pour qu'une norme soit valable, il lui suffit d'avoir un *minimum d'efficacité*⁴⁶.

Mais qu'est-ce que ce « minimum » d'efficacité ? Comment se détermine-t-il ? Pour avoir ce « minimum d'efficacité », jusqu'à quel point la norme doit-elle être obéie ou appliquée ? Kelsen donne la réponse suivante : « *tout au moins, jusqu'à un certain point* »⁴⁷.

A notre avis, cette réponse, elle non plus n'est pas précise. En conclusion, pour nous, la notion d'un « minimum d'efficacité » ainsi que l'expression « tout au moins, jusqu'à un certain point » restent imprécises. On l'a dit, une norme ne perd pas sa validité, lorsqu'elle n'est pas obéie ou appliquée *seulement dans un certain nombre de cas*. C'est-à-dire que pour qu'une norme perde sa validité, la non-obéissance ou la non-application de cette norme doit dépasser « un certain nombre de cas ». Mais par exemple, si la norme a été obéie ou appliquée *une seule fois* sur cent cas où elle devait l'être, peut-on dire qu'elle bénéficie d'un minimum d'efficacité, et par conséquent qu'elle est valable ? Si un seul cas d'obéissance ou

44. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Trad. par Henri Thévenaz, Neuchâtel, La Bocannière, 1953, p.118 (1988, p.127) : « L'ordre positif correspond *dans une certaine mesure* à la conduite effective des individus régis par lui... [Le] rapport... entre la norme et le fait... ».

45. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.287. C'est nous qui soulignons. Notons que l'abréviation « Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, » renvoie toujours à la traduction française de la 2^e édition de la « *Reine Rechtslehre* » par Ch. Eisenmann (Paris, Dalloz, 1962). La référence à la traduction de la première édition de la « *Reine Rechtslehre* » par H. Thévenaz n'a été faite que dans les notes 40 et 44 ci-dessus où elle a été citée sans abréviation.

46. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.14-15.

47. *Ibid.*

d'application n'est pas suffisant, combien de cas d'obéissance ou d'application seront nécessaires, pour que la norme bénéficie d'un minimum d'efficacité ? En d'autres termes, à partir de combien de cas d'obéissance ou d'application, la norme obtient-elle ce minimum d'efficacité, et ainsi devient-elle valable ? A notre avis, on ne peut donner aucune réponse suffisamment précise à cette question.

En conséquence, il nous reste une seule question à étudier : l'*inefficacité totale*. Car, d'une part, selon la conception que nous avons adoptée, l'efficacité totale d'une norme n'est pas une condition de sa validité juridique, et d'autre part, comme on vient de le voir, la notion d'un « minimum d'efficacité » n'est pas une notion suffisamment précise, par conséquent on ne peut pas définir quelles sont les conditions que doit remplir une norme pour qu'elle bénéficie d'un « minimum d'efficacité ». En d'autres termes, d'une part, il n'est pas nécessaire de déterminer l'efficacité totale, et d'autre part, il n'est pas possible de déterminer l'efficacité minimum d'une norme. Alors on ne peut étudier que la question de l'inefficacité totale.

* * *

Maintenant en appliquant cette conclusion à notre problème principal, nous pouvons affirmer que l'on peut seulement déterminer les conditions que doivent remplir des limites à la révision constitutionnelle, pour qu'elles ne tombent pas dans l'*inefficacité totale*. Car, d'une part, l'efficacité totale de ces limites n'est pas nécessaire pour leur validité juridique, et d'autre part, le minimum d'efficacité de ces limites ne peut être objectivement déterminée. Alors, une limite à la révision constitutionnelle considérée isolément ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas respectée *seulement dans un certain nombre de cas* par le pouvoir de révision constitutionnelle⁴⁸. En d'autres termes, pour qu'une limite à la révision constitutionnelle soit valable, il lui suffit d'avoir un *minimum d'efficacité*, c'est-à-dire qu'elle doit être observée *tout au moins, jusqu'à un certain point*⁴⁹. Mais comme on vient de le dire, cette notion d'un minimum d'efficacité est imprécise. Par conséquent, on peut déterminer seulement si une limite à la révision constitutionnelle est tombée dans l'inefficacité totale.

L'inefficacité totale des limites à la révision constitutionnelle. – En suivant les développements ci-dessus, on peut donc affirmer qu'une limite à la révision constitutionnelle qui n'a été jamais obéie ou appliquée dans tous les cas où elle devait l'être se trouve dans l'*inefficacité totale*. Et l'inefficacité totale de la limite perd sa validité, autrement dit une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle qui ne bénéficie d'aucune efficacité *n'est pas considérée comme une norme juridique valable*. C'est-à-dire que l'inefficacité complète d'une limite à la révision constitutionnelle *est incompatible avec la validité de cette limite*. En employant les termes de Kelsen, on peut affirmer que si une disposition de la constitution qui prévoit des limites à la révision constitutionnelle n'est appli-

48. Comme on l'a vu, Kelsen le dit pour les normes en général. Voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.287.

49. Cf. *Ibid.*, p.14-15. Et inversement, pour qu'une norme perde sa validité, la non-obéissance ou la non-application de cette norme doit dépasser « un certain nombre de cas ».

quée ni suivie *nulle part ni jamais*, elle n'est pas reconnue comme une norme juridique objectivement valable⁵⁰. Lorsqu'une limite à la révision constitutionnelle demeure dépourvue d'efficacité *d'une façon durable*, elle n'est plus considérée comme valable⁵¹. Autrement dit, on ne considère pas comme valable une limite à la révision constitutionnelle inscrite dans le texte constitutionnel qui n'est en fait *jamais* obéie ou appliquée. Et effectivement, une telle limite peut perdre sa validité par le fait qu'elle demeure *d'une façon permanente* inappliquée et non obéie⁵². En d'autres termes, une limite à la révision constitutionnelle inscrite dans le texte constitutionnel, pour qu'elle reste valable, ne doit pas tomber en *désuétude*.

Alors recherchons maintenant les conditions nécessaires pour que les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel ne tombent pas dans l'inefficacité totale.

Les conditions nécessaires pour que les limites à la révision constitutionnelle ne tombent pas dans l'inefficacité totale. – En haut nous avons dit qu'une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle qui n'a été jamais obéie ou appliquée dans les cas où elle devait l'être se trouve dans l'inefficacité totale ; et, qu'une telle disposition n'est pas considérée comme une norme valable.

Maintenant cherchons pourquoi une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle tombe dans l'inefficacité totale. En d'autres termes pourquoi une limite à la révision constitutionnelle inscrite dans le texte constitutionnel ne s'applique pas dans les cas où elle devait l'être ? Pourquoi une telle limite demeure-t-elle dépourvue d'efficacité d'une façon durable ? Autrement dit, pourquoi une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle tombe-t-elle en désuétude ? Et par conséquent qu'est-ce qui est nécessaire pour qu'une limite à la révision constitutionnelle inscrite dans le texte constitutionnel ne demeure pas d'une façon permanente dans l'inefficacité totale ?

Pour répondre à ces questions, il convient d'abord de déterminer *ce qu'on entend par « efficacité »*. Car, il y a plusieurs façons de comprendre l'efficacité d'une norme juridique. Par exemple, on peut penser que la norme est efficace, « si et seulement si la conduite des citoyens montre qu'ils la suivent régulièrement, autrement dit si la norme est, en ce sens, effective dans la société »⁵³. Dans ce sens, une norme peut être efficace sans avoir besoin d'être appliquée par les autorités. Par contre selon une autre conception, une norme est efficace, si et seulement si elle a été appliquée par les autorités, surtout par les tribunaux. C'est-à-dire dans ce sens « le droit est réalisé dans la société quand il est mis en application par les organes de pouvoir »⁵⁴.

50. Cf. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.15.

51. Cf. *Ibid.*

52. Cf. *Ibid.*, p.288.

53. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable op. cit.*, p.50.

54. *Ibid.*

Nous préférons la conception kelsénienne de l'efficacité des normes juridiques. Selon Kelsen,

« lorsqu'une norme juridique attache à la condition d'une certaine conduite la conséquence d'une sanction, faisant ainsi de la conduite en question un délit, on devra dire que cette norme est 'efficace', soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoit, soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction »⁵⁵.

Ainsi, pour nous, conformément à la conception kelsénienne, l'efficacité d'une norme peut résulter de *l'application d'une sanction* dans un cas concret par un tribunal ou du fait qu'elle est suivie par les sujets par la *crainte de sanction*.

Alors pour qu'une norme soit efficace, dans les cas où elle doit être suivie par ses destinataires, d'une part, les conduites de ses destinataires doivent être conformes à cette norme, et d'autre part et en dernière analyse, s'il y a des conduites non-conformes à cette norme, elles doivent être sanctionnées par les tribunaux. Bref, une norme doit être *obéie* par ses destinataires ou (en dernière analyse) *appliquée* par les tribunaux.

Alors selon cette conception, nous pouvons affirmer que, pour qu'une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle soit efficace, en cas de révision constitutionnelle, le destinataire de cette disposition, c'est-à-dire le pouvoir de révision constitutionnelle, doit se conformer à cette limite. Et si ce pouvoir ne se conforme pas à cette limite, c'est-à-dire qu'il fait une loi de révision constitutionnelle contraire à cette limite, elle doit être sanctionnée par les tribunaux. Bref, une limite à la révision constitutionnelle doit être respectée par le pouvoir de révision constitutionnelle et si ce n'est pas le cas, elle doit être appliquée par les tribunaux. C'est-à-dire qu'en dernière analyse, l'efficacité d'une limite à la révision constitutionnelle inscrite dans le texte constitutionnel dépend de son application par les tribunaux.

Ainsi on arrive à peu près à la même conclusion que celle de la théorie réaliste sur la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle. On se rappellera que selon cette théorie⁵⁶, les dispositions de la constitution qui prévoient les limites à la révision constitutionnelle sont valables, si elles sont efficaces, autrement dit, suivies et appliquées effectivement par leur destinataire, c'est-à-dire par le pouvoir de révision constitutionnelle et que la vérification de l'efficacité d'une disposition consiste dans son application par les tribunaux⁵⁷.

D'autre part, rappelons-nous que le destinataire des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle est le pouvoir de révision constitutionnelle. Et celui-ci, comme on l'a vu dans le titre préliminaire⁵⁸, est un pouvoir supérieur aux autres pouvoirs constitués. Car, il exerce une *fonction*

55. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.15.

56. Cette section, sous-section 1, § 2, B.

57. Cette section, sous-section 1, § 2, B.

58. Titre préliminaire, chapitre 1, § 2.

constituante sur les autres pouvoirs constitutionnels. En révisant la constitution, il peut redéfinir l'organisation et le fonctionnement des organes législatif, et exécutif. Les dernières ne disposent pas de moyens juridiques suffisants pour répondre au pouvoir de révision. Parce que les normes posées par le pouvoir de révision constitutionnelle, c'est-à-dire les lois constitutionnelles, occupent un rang supérieur à celles posées par les pouvoirs législatif ou exécutif.

En conséquence, la question de savoir si les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont efficaces *dépend en dernière analyse de leur application* par les tribunaux. Cette application ne peut se réaliser que par l'invalidation des lois constitutionnelles qui seraient contraires aux dispositions de la constitution qui leur imposent des limites. Et l'invalidation de telles lois implique l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors l'efficacité des limites à la révision constitutionnelle dépend de l'existence du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Ainsi arrive-t-on au problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Notons que c'est un problème assez compliqué, auquel nous avons réservé le deuxième titre de la deuxième partie de notre thèse. Pour l'instant continuons notre raisonnement en disant que si, et seulement s'il existe un tel contrôle, les lois de révision constitutionnelle contraires à ses limites peuvent être annulées. En d'autres termes, seul un organe chargé de vérifier la conformité des lois de révision constitutionnelle aux dispositions de la constitution qui leur imposent des limites peut statuer sur la validité de telles lois. Comme on va le voir dans la deuxième partie, cet organe peut être une cour suprême ou une cour constitutionnelle capable de contrôler la constitutionnalité, non seulement des lois ordinaires, mais aussi des lois constitutionnelles.

Alors seulement dans les pays où il y a un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, on peut affirmer que les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle ne tomberont dans l'*inefficacité totale*. En d'autres termes, dans le cas où ces dispositions ne sont pas respectées, c'est-à-dire où le pouvoir de révision constitutionnelle a fait une loi de révision constitutionnelle contraire à ces dispositions, si cette loi est annulable par une telle cour, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle ne tomberont pas dans l'*inefficacité totale*, c'est-à-dire qu'elles peuvent bénéficier d'un *minimum d'efficacité*⁵⁹. Par contre, dans un pays où il n'existe pas un tel contrôle, ces dispositions *risquent*⁶⁰ de tomber dans l'inefficacité

59. Nous avons déjà affirmé que la notion d'un minimum d'efficacité est une notion imprécise. Cependant comme on le voit, dans le sens où elle signifie que la norme en question n'est pas dans l'inefficacité totale, la notion d'un minimum d'efficacité est une notion opérationnelle et utile.

60. Nous soulignons ce verbe, car on ne peut pas affirmer qu'en l'absence d'un contrôle de la valeur des lois constitutionnelles, les limites à la révision constitutionnelle *tomberont en tout état de cause* dans l'inefficacité totale. Car, une norme peut être suivie par son destinataire, sans qu'une sanction soit appliquée par les tribunaux. D'ailleurs, comme on va le voir dans la deuxième partie de notre thèse, pour assurer le respect des limites à la révision constitutionnelle, on peut envisager différentes garanties autres que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, comme le refus de la promulgation, la responsabilité du chef de l'Etat pour haute trahison, etc.

totale. Car, en dernière analyse, puisqu'il n'existe pas de cour qui va les appliquer au cas où elles ne sont pas respectées, le pouvoir de révision constitutionnelle aurait la possibilité de ne pas s'y conformer. Ainsi le problème se concentre sur l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un pays donné.

Nous avons déjà annoncé que dans la deuxième partie de ce travail, nous allons examiner le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par conséquent, à la fin de notre travail, nous pouvons donner une réponse à la question de savoir si, dans tel ou tel pays, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel risquent de tomber dans l'inefficacité totale. Mais pour l'instant nous pouvons noter que dans les pays où il y a un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ces limites ne tomberont pas dans l'inefficacité totale (c'est-à-dire, en ce sens, elles bénéficieront d'un minimum d'efficacité). Car, dans le cas où elles ne sont pas observées, la loi constitutionnelle risque d'être annulée par l'organe chargé de contrôler la conformité de cette loi à ses limites. Par contre dans les pays où il n'existe pas un tel contrôle, ces limites risquent de tomber dans l'inefficacité totale. Parce que le pouvoir de révision constitutionnelle pourrait éventuellement avoir la possibilité de ne pas s'y conformer.

En conclusion, l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est décisive pour la question de l'inefficacité totale des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel. Dans les pays où il existe un tel contrôle ces limites ne seront pas dans l'inefficacité totale. Par contre dans les pays où il n'existe pas un tel contrôle, elles risquent de tomber dans l'inefficacité totale.

CONCLUSION

Avant de fermer cette section qui est consacrée à l'appréciation de la question de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel, il convient de récapituler les conclusions que nous avons faites dans les différents endroits de cette section.

1. Nous avons d'abord remarqué que les limites à la révision constitutionnelle dont nous discutons ici la valeur juridique ne sont pas en effet autre chose que des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle. Alors, dans ce cas, *discuter la valeur juridique des « limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels » revient à discuter la valeur juridique des dispositions constitutionnelles*. En d'autres termes, le problème de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle se transforme en celui de savoir si les dispositions constitutionnelles ont une valeur juridique. En conséquence celui qui veut résoudre la question de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle doit raisonner sur la question de la valeur juridique des dispositions de la constitution, non pas directement sur ces limites. Si les dispositions de la constitution en général ont une valeur juridique, ces limites l'ont aussi.

Bref, il faut d'abord résoudre la question de la valeur juridique des dispositions de la constitution.

2. Ensuite, nous avons posé la question en terme de « force obligatoire » au lieu de « valeur juridique ». Car, la « valeur juridique », étant un terme vague, comporte plusieurs sens ; tandis que celui de « force obligatoire » a un sens plus ou moins défini. De plus, ce que l'on cherche sous la question de la valeur juridique de ces limites, c'est de savoir si ces limites obligent juridiquement leur destinataire, c'est-à-dire, sont obligatoires ou non à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle.

3. Nous avons montré que si l'on pose le problème en ces termes, la question de l'obligatorité des limites à la révision constitutionnelle se transforme en celle de « validité juridique » de ces limites. Car, dans la conception que nous avons adoptée, *il y a une équation entre la validité juridique et l'obligatorité d'une norme*. Autrement dit, dire que « cette limite à la révision constitutionnelle est valable », cela revient au même que de dire que « cette limite est obligatoire ». Par conséquent, nous avons conclu que *la force obligatoire des limites à la révision constitutionnelle dépend de leur validité juridique*. Alors, dans ce cas, au lieu de discuter le bien-fondé des thèses soutenues dans la doctrine classique du droit constitutionnel sur la valeur juridique de ces limites, il suffit de montrer simplement leur validité juridique. Car si elles sont valables, elles seront nécessairement obligatoires.

* * *

I. Bref, en observant que, pour qu'une limite à la révision constitutionnelle soit obligatoire, elle doit être valable, nous sommes arrivé à la question de savoir quelles sont les conditions que doit remplir une limite à la révision constitutionnelle pour être valable. En effet, pour pouvoir déterminer les conditions de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle, nous avons d'abord étudié la notion de validité juridique elle-même.

A. Avant même d'examiner la notion de validité juridique d'une norme, nous avons relevé *trois questions préliminaires*. La première est celle de l'*existence matérielle* de ces limites. Car, pour qu'elles soient valables, ces limites doivent tout d'abord matériellement exister. L'existence matérielle de ces limites étant établie, se pose ensuite une deuxième question : celle de leur *normativité*. Pour être valable, ces limites doivent être de nature de norme. Mais les normes qui existent ne sont pas seulement des normes juridiques, il y a aussi des normes sociales, morales, religieuses, etc. Alors une limite à la révision constitutionnelle doit être une norme, mais à son tour cette norme doit être d'ordre juridique. Ainsi se pose la troisième question, celle de la *juridicité* des limites à la révision constitutionnelle. On peut alors conclure que pour que les limites à la révision constitutionnelle soient valables, premièrement elles matériellement exister, deuxièmement elles doivent avoir le caractère normatif, troisièmement elles doivent être d'ordre juridique.

Nous avons montré que les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel remplissent ces trois conditions préliminaires. D'abord, ces limites sont *matériellement existantes*, car elles se trouvent dans un document, c'est-à-dire dans le texte de la constitution. Deuxièmement, ces limites ont le *caractère normatif*, car le document auquel on est confronté a une signification de norme ; autrement dit, il pose un *Sollen*, c'est-à-dire, dans notre cas, un ordre, une prescription, à savoir de ne pas réviser la constitution sur tel ou tel point, ou pendant un certain délai. Troisièmement, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel sont d'*ordre juridique*. Car, en tant que des dispositions de la constitution, elles font partie d'un ordre normatif. Et l'ordre normatif auquel appartient la constitution est un ordre juridique, parce que, cet ordre, pris dans son ensemble, est sanctionné. Alors il faut conclure que, ayant l'existence matérielle et le caractère de norme, et étant d'ordre juridique, les limites à la révision constitutionnelle prévues par les dispositions de la constitution remplissent toutes les conditions préliminaires pour être valables, par conséquent obligatoires.

B. Ensuite, avant de déterminer les conditions de la validité juridique des limites, nous avons défini la notion de validité juridique et ses critères. Ainsi a-t-on expliqué que la validité juridique d'une norme s'apprécie en référence à trois critères différents : un critère éthique comme les valeurs, surtout la justice, un critère sociologique comme l'efficacité et un critère formaliste comme l'existence spécifique de la norme. Par conséquent, il y a *trois conceptions de la validité juridique* : la validité axiologique, la validité matérielle et la validité formelle. D'ailleurs, on a noté que la première conception est privilégiée par la théorie du droit naturel, la deuxième par la théorie réaliste américaine et scandinave, et la troisième par la théorie positiviste.

1. Ainsi, nous avons noté que, selon la conception de la *validité axiologique*, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont valables, si et seulement si elles sont *justes*. Et à notre avis, ce résultat est inacceptable. Car il n'existe pas un critère objectif et universel qui permet de distinguer les « limites à la révision constitutionnelle justes » des « limites injustes » ; parce que la justice n'est pas une valeur absolue. L'idée de justice change pour chaque individu. C'est-à-dire que chacun peut apprécier comme il l'entend la valeur juridique d'une limite à la révision constitutionnelle. Dans ce cas, une limite serait valable pour les uns, et non-valable pour les autres. Il est évident qu'un tel résultat n'est donc pas objectif, par conséquent admissible.

2. Dans la conception de la *validité matérielle*, une disposition de la constitution qui prévoit des limites à la révision constitutionnelle est valable, si et seulement si elle est *efficace*, c'est-à-dire effectivement suivie par le pouvoir de révision. Et selon cette conception, l'efficacité d'une telle disposition dépend en dernière analyse de son application par les tribunaux. Par conséquent dans les pays où il n'existe pas un organe chargé de contrôler la conformité des lois de révision constitutionnelle aux dispositions de la constitution qui leur imposent des limites, ces limites ne sont pas efficaces, par conséquent elles ne sont pas valables.

2. Et troisièmement, dans la conception de la *validité formelle*, la validité d'une norme se détermine par son *existence* dans un ordre juridique, autrement dit par son *appartenance* à un ordre juridique donné. Ainsi les limites à la révision constitutionnelle sont valables, si et seulement si elles existent dans un ordre juridique, si elles appartiennent à un ordre juridique donné. Par conséquent les limites à la révision constitutionnelle prévues par la constitution sont valables, parce qu'elles font partie de la constitution qui est un élément de l'ordre juridique.

II. Ainsi, après avoir vu les critères de la validité juridique d'une norme, nous nous sommes attaché à déterminer *les conditions de la validité juridique des dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle*.

D'abord, nous avons refusé de considérer le critère de justice (validité axiologique) comme une condition de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle. C'est-à-dire qu'une limite à la révision constitutionnelle peut être valable, même si elle n'est pas conforme aux idées de justice de telle ou telle doctrine. En revanche, nous avons accepté le critère de l'appartenance (validité formelle) comme la condition *per quam*, et le critère de l'efficacité (validité matérielle) comme la condition *sine qua non* de la validité juridique d'une limite à la révision constitutionnelle.

A. La condition *per quam* de la validité juridique d'une limite à la révision constitutionnelle est sa validité formelle, c'est-à-dire son appartenance à un ordre juridique donné. Une limite qui n'appartient pas à un ordre juridique donné, c'est-à-dire, qui n'a pas été produite conformément à une norme supérieure et en dernière analyse, à la norme fondamentale, ne peut pas être considérée comme une norme juridique valable. Et nous avons montré que, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel remplissent la condition *per quam*, c'est-à-dire l'appartenance à un ordre juridique. Car, ces limites sont dans la forme des dispositions constitutionnelles. Et en tant que dispositions de la constitution, elles appartiennent à l'ordre juridique dont fait partie la constitution.

B. Il y a également deux conditions *sine qua non* de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle. Nous avons souligné que ces deux conditions sont exigées, non pas pour qu'une limite à la révision constitutionnelle soit valable, mais pour qu'une limite déjà valable ne perde pas sa validité juridique.

1. La première condition *sine qua non* de la validité juridique d'une limite à la révision constitutionnelle est *l'efficacité de l'ordre juridique* auquel appartient cette limite. En d'autres termes, pour qu'une limite déjà valable ne perde pas sa validité, il faut que l'ordre juridique auquel appartient cette limite soit efficace. Car, si l'ordre juridique global perd son *efficacité*, toutes les normes appartenant à cet ordre perdent aussi leur *validité*.

2. La deuxième condition *sine qua non* de la validité juridique d'une limite à la révision constitutionnelle est le *minimum d'efficacité* de cette limite elle-même. En d'autres termes, pour qu'une limite à la révision constitutionnelle qui remplit la

condition *per quam* ne perde pas sa validité, elle doit avoir elle-même un minimum d'efficacité. Une limite à la révision constitutionnelle inscrite dans le texte constitutionnel qui est tombée en désuétude perd sa validité juridique. Même si une limite prise isolément ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas obéie ou appliquée seulement dans un certain nombre de cas où elle devait l'être, on ne peut pas considérer comme valable une limite à la révision constitutionnelle qui n'est en fait jamais obéie ou appliquée.

En ce qui concerne la première condition *sine qua non*, nous avons remarqué que, tant qu'il n'y a pas de révolution, l'ordre juridique auquel appartiennent les limites à la révision constitutionnelle est un ordre efficace. Mais, si l'ordre juridique global perd son efficacité à la suite d'une révolution, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle, et qui appartiennent à cet ordre, perdent aussi leur validité. Bref après une révolution, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution ne sont plus valables, par conséquent elles ne sont plus obligatoires pour le pouvoir constituant originaire. On a donc affirmé que tant qu'il n'y a pas de révolution, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle remplissent la première condition *sine qua non* de la validité juridique.

Par contre, nous avons conclu que la vérification de la deuxième condition *sine qua non* s'avère difficile. Car, le « minimum d'efficacité » est une notion imprécise. Néanmoins nous avons essayé de préciser cette notion en indiquant trois points différents de l'efficacité des limites à la révision constitutionnelle : le point de l'inefficacité totale, le point de l'efficacité totale, et entre ces deux, sur « un certain point », celui de l'efficacité minimum. Le point de l'inefficacité totale et celui de l'efficacité totale sont précis. Ils sont objectivement déterminables. Ainsi, une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle qui n'a été jamais obéie ou appliquée dans les cas où elle devait l'être se trouve dans l'inefficacité totale ; et, une telle disposition n'est pas considérée comme une norme valable. D'autre part, une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle qui a été obéie ou appliquée dans tous les cas où elle devait l'être se trouve sur le point de l'efficacité totale ; et une telle limite est considérée comme valable. Par contre le point de l'efficacité minimum n'est pas suffisamment précis. Car, on ne peut pas donner une réponse objective à la question de savoir à partir de quel point la limite à la révision constitutionnelle bénéficie d'un minimum d'efficacité.

Toutefois, nous avons remarqué que l'existence du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un pays donné est un élément assurant un minimum d'efficacité aux limites à la révision constitutionnelle. Alors, pour que les limites à la révision constitutionnelle ne tombent dans l'inefficacité totale, il faut qu'il y ait le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Sans quoi, une limite à la révision constitutionnelle appartenant à l'ordre juridique risque de tomber dans l'inefficacité totale, et par conséquent de perdre sa validité juridique.

Ainsi, tout le problème se concentre sur l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un pays considéré. C'est pourquoi, nous avons réservé le deuxième titre de la deuxième partie de notre thèse à ce problème.

En conclusion, dans les pays où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, et tant qu'il n'y a pas de révolution, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels remplissent la condition essentielle et les conditions supplémentaires pour être valables. Ainsi elles appartiennent à l'ordre juridique qui est efficace et elles bénéficient elles-mêmes d'un minimum d'efficacité, et par conséquent elles sont valables. De même, en vertu de notre équation « validité = force obligatoire », elles sont obligatoires, c'est-à-dire qu'elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

[Page laissée intentionnellement vide]

Deuxième titre

EXISTE-T-IL DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE NON INSCRITES DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS ?

Nous venons de voir les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels. La question qui se pose maintenant est celle de savoir s'il existe des limites à la révision constitutionnelle autres que celles prévues explicitement par la constitution. En effet, quand il s'agit de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, certains auteurs ne se contentent pas d'énumérer les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution ; allant encore plus loin, ils cherchent d'autres limites susceptibles de s'imposer à la révision constitutionnelle.

Ainsi ces auteurs croient pouvoir découvrir l'existence de limites qui ne figurent pas dans la constitution et qui s'imposent cependant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. En d'autres termes, c'est la doctrine qui a inventé ou découvert les limites dont nous allons ici discuter l'existence. Ce sont donc des constructions théoriques. C'est pourquoi Marie-Françoise Rigaux les appelle « les limites matérielles déduites d'une interprétation doctrinale »¹.

Parmi ces auteurs, certains estiment qu'il existe des normes supraconstitutionnelles s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. D'autres pensent que la constitution a un esprit, et en dégagent des limites à la révision constitutionnelle.

Ainsi ce titre se divise en deux chapitres :

Chapitre 1. - Les thèses favorables à l'existence de normes supraconstitutionnelles s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle

Chapitre 2. - Les thèses déduisant des limites à la révision constitutionnelle de l'esprit de la constitution

1. Rigaux, *op. cit.*, p.95.

[Page laissée intentionnellement vide]

Chapitre 1

LES THESES FAVORABLES A L'EXISTENCE DE NORMES SUPRACONSTITUTIONNELLES S'IMPOSANT A L'EXERCICE DU POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE

Certains auteurs croient qu'il existe des normes supraconstitutionnelles et en déduisent des limites à la révision constitutionnelle. C'est pourquoi, il convient d'abord de voir la question de l'existence de normes supraconstitutionnelles.

Dans la doctrine de droit constitutionnel, on examine parfois la question de la supériorité des normes de droit international sur celles de la constitution sous le thème de la « supraconstitutionnalité »¹. A notre avis, il convient de faire une distinction claire entre cette question et celle de la supériorité de certains principes d'ordre interne sur les normes de la constitution. En empruntant les termes de Louis Favoreu², on peut appeler la première question « supraconstitutionnalité externe » et la deuxième la « supraconstitutionnalité interne ». Le doyen Favoreu étudie, sous le thème de la *supraconstitutionnalité interne*, la question « de savoir si les lois constitutionnelles adoptées par le pouvoir constituant dérivé peuvent se voir imposer le respect de normes supraconstitutionnelles nationales »³, et sous le thème de la *supraconstitutionnalité externe*, celle « de savoir si les normes constitutionnelles peuvent être soumises au respect de normes internationales ou supranationales »⁴.

Le point commun entre les normes supraconstitutionnelles nationales et les normes supraconstitutionnelles internationales consiste dans le fait que l'on accorde une valeur supérieure à la constitution. Cependant la similitude entre ces de types

1. Par exemple voir René Chapus, *Cours de droit constitutionnel*, Les Cours du droit, 1969-1970, p.248 et s ; Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.76-77.

2. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.76.

3. *Ibid.*, p.74-75.

4. *Ibid.*, p.76.

de normes supraconstitutionnelles en reste là, car, elles diffèrent du point de vue de *leur origine* : comme on va le montrer plus bas, les normes supraconstitutionnelles d'ordre interne sont privées de fondement *positif*, alors que les normes de droit international, auxquelles on attribue ou non une valeur supérieure à la constitution, ont une origine *positive*, car elles résultent de traité ou de coutume.

D'ailleurs comme on va le voir plus bas, le débat sur la question de l'existence de normes supraconstitutionnelles internes se déroule entre les jusnaturalistes et les juspositivistes. Les premiers sont favorables à l'existence de telles normes, alors que les deuxièmes la refusent catégoriquement, car pour eux, ces normes sont privées de fondement positif et par conséquent elles ne peuvent pas être valables. En revanche, comme on va le voir plus tard, les juspositivistes eux aussi peuvent parfaitement accepter l'existence de normes supraconstitutionnelles externes, c'est-à-dire la supériorité des normes de droit international sur la constitution, s'ils admettent la conception moniste avec la primauté du droit international.

Et pour ces raisons, nous allons étudier séparément la question de l'existence de normes supraconstitutionnelles internes (*Section 1*) et celle de l'existence de normes supraconstitutionnelles externes (*Section 2*).

Section 1

LA SUPRACONSTITUTIONNALITE INTERNE

On peut constater que, même sous le thème de la supraconstitutionnalité interne, dans la doctrine du droit constitutionnel, on traite en effet de deux questions différentes. La *première* consiste à se demander s'il existe des normes juridiques ayant une origine extra-constitutionnelle et une valeur supérieure à la constitution. La *deuxième* est celle de savoir si toutes les règles faisant partie du bloc de constitutionnalité ont la même valeur. Le doyen Georges Vedel appelle la première la « supraconstitutionnalité complète »¹, la « supraconstitutionnalité à la lettre »², la « supraconstitutionnalité à l'état pur »³ ou la « pleine supraconstitutionnalité »⁴ ; et la seconde la « para-supraconstitutionnalité »⁵, la « supraconstitutionnalité incomplète », ou la « supraconstitutionnalité cachée »⁶.

Quant à nous, nous préférons dénommer la première la « supraconstitutionnalité proprement dite » ou la « supraconstitutionnalité » tout court et la deuxième la « hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité ».

D'abord il convient de noter que ces deux notions ont un *point commun* : elles sont, toutes les deux, utilisées pour justifier la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par les limites qui ne sont pas prévues par la constitution. Ainsi si le juge constitutionnel croit à la supraconstitutionnalité comme un corps de règles juridiques, en cas de conflit entre une norme supraconstitutionnelle et une norme constitutionnelle, il va invalider la norme constitutionnelle. De même, la notion de hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité a un « effet équivalent » à celui de la supraconstitutionnalité⁷. Car, si le juge constitutionnel reconnaît une hiérarchie juridique dans le bloc de constitutionnalité, en cas de conflit entre une norme constitutionnelle de premier rang et une norme constitutionnelle de degré inférieur, il va donner la préférence à la norme de premier rang, et ainsi telle ou telle règle de premier rang sera hors de l'atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle⁸. Bref

1. Georges Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n°67, p.84.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, p.87.

4. Georges Vedel emploie l'expression de « pleine supranationalité » (*Ibid.*, p.84).

5. *Ibid.*, p.82.

6. *Ibid.*, p.86.

7. *Ibid.*, p.84.

8. *Ibid.*

ces deux notions ont une fonction commune : limiter le pouvoir de révision constitutionnelle par les limites qui ne sont pas prévues par les textes constitutionnels.

Cependant, à notre avis, même si elles ont un but commun et des effets équivalents, il faut examiner séparément les principes supraconstitutionnels proprement dits et les normes de rang supérieur dans le bloc de constitutionnalité. Car elles diffèrent du point de vue de leur *existence matérielle*⁹ : les principes supraconstitutionnels proprement dits* ne sont pas formulés par les textes constitutionnels¹⁰ ou n'en découlent pas de façon directe ou dérivée¹¹. Par conséquent, ces principes sont privés de toute existence matérielle. Tandis que l'on peut facilement établir l'existence matérielle des normes auxquelles on attribue un rang supérieur dans la hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité. En d'autres termes, cette théorie prévoit une hiérarchisation dans l'ensemble des normes ayant leur source dans des textes constitutionnels¹². Ainsi, les normes constitutionnelles qui sont hiérarchisées, les unes par rapport aux autres, ont toutes une existence positive.

Les notions de supraconstitutionnalité et de hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité sont toutes les deux utilisées couramment dans la doctrine. Cependant, une distinction claire entre ces deux notions n'est pas établie. La question de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité est traitée en général sous le thème de la supraconstitutionnalité. Georges Vedel lui-même, en observant que les normes de rang supérieur dans le bloc de constitutionnalité ne sont pas « à la lettre 'supraconstitutionnelles' »¹³, les examine sous le thème de supraconstitutionnalité¹⁴. Quant à Louis Favoreu¹⁵, lui aussi, il examine sous le titre de supraconstitutionnalité les questions qui relèveraient en effet du thème de la hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité. Par exemple, sous l'intitulé « supraconstitutionnalité interne », il pose la question de savoir « si les lois constitutionnelles adoptées par le pouvoir de révision constitutionnelle peuvent se voir imposer le respect de normes supraconstitutionnelles *nationales*, c'est-à-dire issues de la Constitution elle-même ou déduites de celle-ci »¹⁶. Or, selon notre distinction ci-dessus, les normes ayant une origine constitutionnelle doivent être traitées sous le thème de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles et non pas sous celui de la supraconstitutionnalité proprement dite.

En résumé, pour nous, les principes supraconstitutionnels proprement dits et les normes constitutionnelles auxquelles on attribue un rang supérieur dans le bloc de constitutionnalité diffèrent par *leur existence matérielle*. Les premières sont privées de toute existence positive, alors que les deuxièmes ont une existence dans le texte constitutionnel. Par conséquent, les principes supraconstitutionnels propre-

9. Pour cette notion voir cette partie, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 1, A.

10. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.82.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*, p.83.

13. *Ibid.*, p.84.

14. *Ibid.*, p.83-86.

15. Louis Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n°67, p.71-77.

16. *Ibid.*, p.74-75.

ment dits, non seulement, ne sont pas formulés par les textes constitutionnels, mais encore ils ne sont pas formulés dans quelconque texte positif. En d'autres termes, les normes supraconstitutionnelles sont privées non seulement d'une origine constitutionnelle, mais encore de toute origine *positive*.

Mais la différence entre les principes supraconstitutionnels proprement dits et les normes constitutionnelles auxquelles on attribue un rang supérieur dans le bloc de constitutionnalité en reste là, car ces dernières elles aussi sont privées de validité juridique. A vrai dire, ces normes ont une existence positive, car elles existent dans un texte constitutionnel ; mais leur statut de supériorité par rapport aux autres normes n'a aucun fondement positif, car une hiérarchie entre les normes constitutionnelles n'est pas fondée du point de vue du droit positif¹⁷.

Avant de commencer à examiner la question de la validité juridique de ces deux types de normes supraconstitutionnelles, il sera utile de remarquer que la question de l'existence de principes supraconstitutionnels proprement dits relève du conflit qui existe entre les *différentes conceptions du droit*, comme le *jusnaturalisme* et le *juspositivisme* ; car, ces principes n'ont pas d'origine positive. Par conséquent, on peut prédire que les thèses favorables à l'existence de tels principes seront soutenues fort probablement par les jusnaturalistes, de même qu'elles seront attaquées par les juspositivistes. En effet pour ces derniers, comme on l'a vu dans le titre précédent¹⁸, la norme est une création humaine, autrement dit une chose non posée par la volonté humaine ne peut pas être une norme juridique.

D'autre part, la question de l'existence d'une *hiérarchie entre les normes constitutionnelles* appartient au conflit entre les *différentes définitions matérielle et formelle de la constitution*. Par conséquent on peut également prédire que la thèse de l'existence d'une telle hiérarchie sera soutenue par les partisans de la définition matérielle de la constitution, et attaquée par les défenseurs de la définition formelle de la constitution.

En résumé le débat sur la question de l'existence de principes supraconstitutionnels proprement dits aura lieu entre les jusnaturalistes et les juspositivistes ; celui sur l'existence d'une hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité entre les tenants des conceptions matérielle et formelle de la constitution. Par conséquent la solution de ces questions dépendra du choix entre ces différents antagonistes.

Nous allons d'abord examiner les thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels proprement dits (*Sous-section 1*), ensuite celles qui soutiennent l'existence d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles (*Sous-section 2*).

17. Voir *infra*, cette section, sous-section 2, § 2, A, 1.

18. Titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 1, B.

[Page laissée intentionnellement vide]

Sous-section 1

LES THESES FAVORABLES A L'EXISTENCE DE PRINCIPES SUPRACONSTITUTIONNELS PROPREMENT DITS

Nous avons vu plus haut la définition des principes supraconstitutionnels proprement dits. Rappelons seulement que ces principes se définissent par les deux éléments suivants : *une valeur supérieure à la constitution et une origine non positive.*

Avant de commencer à examiner les thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels, il convient de faire une *remarque préliminaire*. La question de la supraconstitutionnalité ne commence qu'à partir du moment où l'on attribue la nature de *règles de droit* à ces principes¹. En d'autres termes, comme le remarque le doyen Vedel, « il n'y a aucun inconvénient, sinon pour la clarté du langage, à nommer supraconstitutionnelles des normes de caractère éthique ou des principes faisant partie d'un *credo* politique »². Or, les défenseurs de la supraconstitutionnalité ne se contentent pas d'exposer la valeur *morale* de certains principes qu'ils jugent fondamentaux, mais allant encore plus loin, ils leur attribuent la valeur *juridique*. Par exemple, Serge Arné estime que les principes tels que « le respect de la dignité de la personne »³ ou celui de « la non-discrimination »⁴ sont tellement importants que leur violation « 'révolte' tout homme considéré comme civilisé »⁵. Si Serge Arné en était resté là, il n'y aurait pas de discussion. Mais il leur accorde un statut juridique⁶, comme on le voit dans sa définition même de la supraconstitutionnalité : « la supra-constitutionnalité, c'est la supériorité de certaines règles ou principes *qualifiés 'normes'* sur le contenu de la Constitution »⁷. De

1. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.80.

2. *Ibid.*

3. Serge Arné, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *Revue du droit public*, 1993, p.474.

4. *Ibid.*, p.475.

5. *Ibid.*, p.473.

6. *Ibid.*, p.475-480.

7. *Ibid.*, p.461. C'est nous qui soulignons.

plus, Serge Arné croit que l'on va attribuer d'abord la « valeur *morale* puis *juridique* à ces normes »⁸.

Alors, la notion de supraconstitutionnalité n'est pas une simple spéculation doctrinale. Comme l'explique le doyen Vedel, elle a un « effet opératoire »⁹. Cet « effet opératoire », qui est double, peut être résumé en deux affirmations suivantes :

- (1) « l'autorité... investie du pouvoir constituant ne peut ni abroger ni modifier une norme supraconstitutionnelle » ;
- (2) « le juge constitutionnel... en cas de conflit entre une norme supraconstitutionnelle et une norme constitutionnelle doit appliquer celle-là et écarter celle-ci »¹⁰.

Ici seule la première nous intéresse. En d'autres termes, les principes auxquels on attribue une valeur supraconstitutionnelle jouent un rôle des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Cet « effet opératoire » peut être suivi dans les développements de Serge Arné et de Stéphane Rials. Serge Arné affirme que les normes supraconstitutionnelles « ne sauraient supporter aucune dérogation et mieux, aucune limite »¹¹. Selon lui, la reconnaissance de ces normes s'impose même au pouvoir constituant¹². Stéphane Rials, allant encore plus loin, prétend qu'« il ne saurait jamais y avoir de 'pouvoir constituant originaire' : on ne peut envisager qu'un pouvoir constituant 'supra-constitué' »¹³. Quant au pouvoir constituant dérivé, Stéphane Rials et Serge Arné notent que ce pouvoir ne peut modifier une règle supraconstitutionnelle¹⁴.

Après avoir fait ces remarques préliminaires, nous pouvons passer maintenant à l'examen des thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels. Nous allons voir d'abord l'exposé, et ensuite la critique de ces thèses.

Après avoir ainsi fait ces remarques préliminaires, nous pouvons passer maintenant à l'examen des thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels proprement dits. Nous allons voir d'abord l'exposé, et ensuite la critique de ces thèses.

§ 1. EXPOSE

Selon certains auteurs, il existe des principes juridiques supérieures à la constitution. Par conséquent, ces principes ne sont pas susceptibles d'être révisés par le pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi ils constituent les limites matérielles à

8. *Ibid.*, p.477.

9. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.80.

10. *Ibid.*

11. Arné, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *op. cit.*, p.474.

12. *Ibid.*, p.481.

13. Stéphane Rials, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p.65.

14. Rials, « Supraconstitutionnalité... », *op. cit.*, p.65 ; Arné, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *op. cit.*, p.481.

la révision constitutionnelle. Les partisans de la supraconstitutionnalité acceptent tous l'existence de tels principes, et pourtant ne sont pas d'accord sur la liste de ceux-ci. Chacun dresse une liste différente conformément à sa propre conception.

Par exemple pour Serge Arné, au minimum, devraient figurer, parmi les principes supraconstitutionnels :

- (1) « le respect de la dignité de la personne humaine »¹⁵ ;
- (2) « la non-discrimination et la solidarité »¹⁶ ;
- (3) « le pluralisme »¹⁷.

Cependant Stéphane Rials, un autre défenseur de la supraconstitutionnalité, en partant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, donne quatre principes supraconstitutionnels :

- (1) « la constitution doit être écrite ;
- (2) la nation est seule titulaire du pouvoir suprême et par voie de conséquence constituante ;
- (3) le principe de 'séparation des pouvoirs' et
- (4) les droits fondamentaux sont supérieurs à la volonté du constituant »¹⁸.

Ainsi la question de savoir comment identifier les principes supraconstitutionnels proprement dits se pose inévitablement. Même en laissant de côté le problème de leur existence, il est impossible de dresser une liste de ces principes acceptée par tous les défenseurs de la supraconstitutionnalité. En effet c'est une situation tout à fait normale. Puisque ces principes ne sont pas d'origine textuelle, chaque auteur est libre de les concevoir librement et de proposer une liste différente. Ici, en choisissant les principes les plus invoqués dans la doctrine de droit constitutionnel comme supraconstitutionnels, nous avons dressé la liste suivante : les principes de droit naturel, les droits fondamentaux, les principes de la Déclaration de 1789, le principe de la souveraineté nationale, les principes généraux du droit et la coutume.

On peut classer certains de ces principes, comme les principes du droit naturel ou les principes généraux du droit, sans aucune difficulté sous le thème de la supraconstitutionnalité proprement dite. Car, ils sont, par définition même, dépourvus d'origine positive. Ils sont envisagés sans texte. Par contre, en ce qui concerne les droits fondamentaux, le principe de la souveraineté nationale et les principes de la Déclaration de 1789, on peut se demander s'il ne faut pas les examiner non pas sous le thème de la supraconstitutionnalité proprement dite, mais sous le thème de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité. Car, dans le bloc de constitutionnalité, il y a des normes régissant les droits fondamentaux et le principe de la souveraineté nationale (art. 3 de la Constitution de 1958). Enfin, la Déclaration de 1789 fait partie elle-même du bloc de constitutionnalité.

15. Arné, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *op. cit.*, p.474.

16. *Ibid.*, p.475.

17. *Ibid.*

18. Rials, « Supraconstitutionnalité... », *op. cit.*, p.64.

C'est pourquoi il convient de préciser que les droits fondamentaux, tels qu'ils seront examinés ici, ne font pas partie du bloc de constitutionnalité, et ceux qui en font partie seront étudiés plus tard sous le thème de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité¹⁹. De même, le principe de la souveraineté nationale, tel qu'il est envisagé par les tenants de la supraconstitutionnalité à l'état pur, n'a pas besoin de trouver son fondement dans l'article 3 de la Constitution de 1958. Et la thèse de la supériorité de l'article 3 sur d'autres articles de la Constitution sera discutée plus bas dans la sous-section consacrée à la question de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles²⁰. Quant à la Déclaration de 1789, il est évident que ses principes sont inscrits noir sur blanc. Par conséquent elle a une origine textuelle. Cependant nous devons indiquer que la question de la supraconstitutionnalité de la Déclaration relève, sous la III^e République, du thème de la supraconstitutionnalité proprement dite ; sous les IV^e et V^e Républiques, du thème de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité. Car, sous la III^e République, la Déclaration ne trouvait pas sa source dans les textes constitutionnels en vigueur, par contre les Constitutions de 1946 et 1958 font référence à la Déclaration. En d'autres termes, la question de la supraconstitutionnalité de la Déclaration de 1789 que nous avons examinée sous ce titre concerne uniquement le débat classique qui a eu lieu sous la III^e République. En ce qui concerne les IV^e et V^e Républiques, la même question sera abordée plus tard sous le thème de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité²¹.

Maintenant, nous pouvons passer à l'examen de différentes thèses qui soutiennent la supraconstitutionnalité de tel ou tel principe.

A. LA THESE DE LA SUPRACONSTITUTIONNALITE DE CERTAINS PRINCIPES DU DROIT NATUREL

Sans aucun doute, ce sont les principes du droit naturel qui offrent l'exemple le plus pur de la catégorie des principes supraconstitutionnels proprement dits. Ces principes sont privés de toute origine posée. Ils ne sont inscrits nulle part.

Comme on l'a vu dans le titre précédent²², selon la conception du droit naturel, une norme pour être valable doit être conforme aux exigences d'un certain *élément finaliste*. En effet cet élément change selon les auteurs jusnaturalistes. Pour les uns, c'est la *justice*, pour les autres c'est le *bien commun* ou le *bien-être*, ou encore même la *solidarité*. Ainsi si une norme constitutionnelle ne sert pas à réaliser la justice, à rejoindre le bien commun, à promouvoir le bien-être, elle ne peut avoir la qualité juridique. Par conséquent, dans cette conception, cet élément, par exemple l'idée de justice, constitue une limite à la révision constitutionnelle. Ainsi si une loi de révision constitutionnelle n'est pas conforme aux nécessités de la justice, elle n'est pas valable. De ce fait, dans cette conception, le pouvoir de révision constitutionnelle est lié par certains éléments finalistes.

19. Cette section, sous-section 2, § 1, B, 1.

20. Cette section, sous-section 2, § 1, B, 2.

21. Cette section, sous-section 2, § 1, A, 1.

22. Titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 2, A.

Par exemple, selon un constitutionnaliste suisse Jean Darbellay, le pouvoir de révision est

« *un pouvoir souverain, mais non pas inconditionné. Ce pouvoir n'existe que pour le bien du corps politique tout entier, puisque la société politique existe pour le bien de l'homme. Ce pouvoir ne peut instituer de nouvelles normes contre les inclinations naturelles fondamentales de l'homme. Il est soumis au droit naturel...*²³. Il va de soi par ailleurs que l'ordre juridique qu'il appartient au pouvoir constituant d'asseoir sur de telles bases ne peut ignorer les exigences de la justice puisqu'il n'est pas possible d'établir des relations civiles entre les hommes sur une base autre que la justice... Le pouvoir constituant ne saurait dès lors être confondu avec un pouvoir arbitraire. Il est limité par la nature même des choses »²⁴.

Jean Darbellay ajoute qu'« une règle déraisonnable, injuste, contre nature ne peut promouvoir le bonheur pour lequel existe la société politique. Toute injustice est dès lors à l'origine d'un dépérissement de la vie politique »²⁵. Ainsi lui, *la recherche du bien politique* est intangible²⁶. Par conséquent il conclut que les initiatives en révision constitutionnelle « qui consacrent une injustice flagrante, une violation évidente du droit naturel » pourraient être écartées²⁷.

Puisque nous avons déjà vu la théorie du droit naturel dans le chapitre précédent sous le titre de la validité axiologique²⁸, nous nous contentons ici de ce bref exposé.

B. LA THESE DE LA SUPRACONSTITUTIONNALITE DE CERTAINS DROITS FONDAMENTAUX

Serge Arné affirme que les « droits fondamentaux devraient logiquement être placés au-dessus de la Constitution »²⁹, Stéphane Rials prétend que « les droits fondamentaux sont supérieurs à la volonté du constituant »³⁰. Par conséquent selon ces auteurs, les droits fondamentaux s'imposent non seulement aux pouvoirs constitués, mais aussi au pouvoir constituant.

L'idée que le pouvoir constituant est limité par les droits de l'homme est exprimée d'une manière encore plus forte par d'autres auteurs. Par exemple, René Château estime que

« toute démocratie tend à restreindre... le pouvoir constituant. Elle ne peut admettre qu'aucune révision de la Constitution porte atteinte aux grandes lois fondamentales (libertés individuelles, égalité civile des citoyens...) sans lesquelles il n'y a pas de démocratie... Elle peut, en certaines occasions, réviser la Constitution, sur des points secondai-

23. C'est nous qui soulignons.

24. Jean Darbellay, « L'initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1963, p.735-736.

25. *Ibid.*, p.737.

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*, p.738.

28. *Supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 2, A.

29. Arné, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? » ,*op. cit.*, p.469.

30. Rials, « Supraconstitutionnalité... »,*op. cit.*, p.64.

res... Mais ce ne serait pas pour elle se réviser, se réformer que de toucher à certaines lois fondamentales : ce serait se détruire. Or ces lois fondamentales, auxquelles il ne faut pas toucher, ce sont, avant tout, les droits de l'individu... Et, une fois encore nous revenons à affirmer que, *dans une démocratie véritable les droits de l'individu sont supérieurs à tout, à tous les pouvoirs, et même au pouvoir constituant* »³¹.

Récemment encore, Maryse Baudrez a affirmé qu'« en matière de révision de sa Constitution le peuple est naturellement limité par lui-même ou, tout au moins, par les droits des individus qui en sont les membres »³².

Il est intéressant de voir que l'idée de la limitation du pouvoir constituant par les droits de l'homme se trouve aussi chez Emmanuel Sieyès, explorateur principal de la notion du pouvoir constituant. Sieyès, devant le comité de Constitution, en juillet 1789, déclarait que « toute union sociale, et, par conséquent, toute constitution politique, ne peut avoir pour objet que de manifester, d'étendre et d'assurer, les droits de l'homme et du citoyen »³³. Reconnaître et exposer ces droits, « c'est présenter à toutes les Constitutions politiques l'objet ou le but que toutes sans distinction doivent s'efforcer d'atteindre »³⁴. Sieyès, dans l'article 9 de son projet de Déclaration, énonçait que « la liberté, la propriété et la sécurité des citoyens doivent reposer sur une garantie sociale, supérieure à toutes les atteintes »³⁵. Comme le remarque Carré de Malberg, « sans doute, dans la doctrine de Sieyès, les libres facultés qui doivent être assurées à l'homme, sont des droits naturels, antérieurs comme tels à toute 'union sociale' et à tout ordre social ; et par suite, la Déclaration des droits, qui reconnaît et consacre ces facultés, ne limite pas seulement les pouvoirs des autorités constitués, *elle lie aussi le pouvoir constituant* »³⁶.

Cette idée se retrouve également dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*. L'article 2 de la Déclaration rappelle que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». L'article 16 conclut que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée... n'a point de constitution ». En résumé, dans la conception de la Déclaration de 1789, la constitution a pour objet de garantir les droits de l'homme, et par conséquent, le pouvoir constituant qui va réviser cette constitution se trouve limité par ce but.

31. René Château, *Introduction à la politique : cours d'initiation sociale, civique et humaine*, Paris, Publications Chateaubriand, Sans date, p.484.

32. Maryse Baudrez et Jean-Claude Escarras, « La révision de la Constitution italienne: doctrine et complexité des faits », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.141.

33. *Archives parlementaires*, t.VIII, p.256, cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.518.

34. *Archives parlementaires*, t.VIII, p.256, cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.518.

35. *Archives parlementaires*, t.VIII, p.260 et 243, cité par Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.519.

36. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.519. C'est nous qui soulignons.

C. LA THESE DE LA SUPRACONSTITUTIONNALITE DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789 (SOUS LA III^e REPUBLIQUE)

En France, la question de la valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est discutée en doctrine depuis longtemps. Cependant les données de la problématique ont été changées depuis 1946 et surtout depuis 1973. Car les préambules des Constitutions de 1946 et 1958 font référence à la Déclaration de 1789. Ainsi le Conseil constitutionnel a reconnu expressément la valeur constitutionnelle de la Déclaration dans sa décision du 27 décembre 1973³⁷. Dès lors, le débat sur la valeur juridique de la Déclaration s'est transformé en celui sur la place de la Déclaration dans le bloc de constitutionnalité. En résumé en ce qui concerne la Déclaration de 1789, il y a deux problèmes à discuter : sous la III^e République, c'est celui de *la valeur juridique de la Déclaration* ; sous les IV^e et V^e Républiques et surtout depuis 1973, c'est celui de *la place de la Déclaration dans le bloc de constitutionnalité*. Le premier sera examiné ici, le deuxième plus tard sous le titre de « la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité »³⁸.

Sous la III^e République, malgré le fait que la Déclaration de 1789 n'était pas inscrite dans les lois constitutionnelles de 1875, Maurice Hauriou et Léon Duguit ont pu soutenir la valeur juridique de cette Déclaration.

1. D'abord rappelons-nous que Maurice Hauriou fait une séparation entre la constitution politique et la constitution sociale. Et selon lui, la constitution politique subit de nombreux et périodiques changements, alors que la constitution sociale est considérée comme subsistante³⁹. Puis, pour expliquer la survie juridique de la Déclaration de 1789, malgré le silence de la Constitution de 1875, il la place dans la constitution sociale. Car, à son avis, « la *Déclaration des droits* était justement le *texte constitutionnel de cette constitution sociale* »⁴⁰. Par conséquent, la Déclaration de 1789, étant partie intégrante de la constitution sociale, subsiste.

Cependant Maurice Hauriou n'attribue pas expressément une valeur supra-constitutionnelle à la Déclaration de 1789. Il se contente seulement d'affirmer son caractère constitutionnel. Toutefois on peut observer que la doctrine de Hauriou n'est pas étrangère aux thèses de la supraconstitutionnalité. Car, il défend la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle non seulement par l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement prévue par la loi constitutionnelle du 14 août 1884, mais aussi par les limites matérielles *non inscrites* dans les textes constitutionnels. Selon lui,

37. C.C., décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxations d'office*, Rec., p.25 ; Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^e édition, 1993, n° 21, p.275-290.

38. Cette section, sous-section 2, § 1, A, 1.

39. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 2^e édition, 1929 (Réimpression par C.N.R.S., 1965), p.626.

40. *Ibid.*, p.576, note 2.

« il existe de nombreux principes fondamentaux susceptibles de constituer une légitimité constitutionnelle placée au-dessus de la constitution écrite... Sans parler de la forme républicaine du gouvernement pour laquelle il y a un texte, il est beaucoup d'autres principes pour lesquels *il n'est pas besoin de texte, car le propre des principes est d'exister et de valoir sans texte* »⁴¹.

Dans le même sens, il a écrit également ceci :

« La loi constitutionnelle elle-même ne doit pas échapper au contrôle du juge, il y a des occasions où le contrôle pourrait s'exercer sur elle. Par exemple, au fond, un amendement à la constitution en contradiction avec cette *légitimité constitutionnelle*... qui est au-dessus de la superlégalité elle-même parce qu'elle se compose de principes et que les principes sont toujours au-dessus des textes »⁴².

2. Quant à Léon Duguit, allant encore plus loin, il a défendu que la Déclaration de 1789 a une valeur non seulement constitutionnelle, mais aussi supraconstitutionnelle.

Le doyen Duguit se pose la question « de savoir si la Déclaration de 1789 possède encore la valeur positive d'une loi et si le législateur constituant ou le législateur ordinaire, qui ferait une loi en contradiction avec les principes qu'elle formule, ferait une loi contraire au droit »⁴³. Il répond à cette question par l'affirmative :

« les déclarations des droits n'étaient point de simples formules dogmatiques ou de simples énoncés théoriques formulés par un législateur philosophe... ; elles étaient de véritables lois positives obligeant non seulement le législateur ordinaire, *mais aussi le législateur constituant*... Particulièrement, la déclaration des droits de 1789 a conservé encore de nos jours toute sa force législative positive. Je crois, dit-il, que si aujourd'hui le législateur faisait une loi violant un des principes formulés dans la Déclaration des droits de 1789, cette loi serait inconstitutionnelle. *Je crois même que la Déclaration des droits de 1789 s'impose encore non seulement au législateur ordinaire, mais aussi au législateur constituant*, et qu'une assemblée nationale formée dans les conditions de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ne pourrait point juridiquement faire une loi contraire aux termes de la Déclaration »⁴⁴.

Ainsi Léon Duguit affirme que

« dans le système de 1789, il y a trois catégories de lois hiérarchisant, les déclarations des droits, les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. *Le législateur constituant est soumis aux déclarations*, le législateur ordinaire au législateur constituant »⁴⁵.

Il est intéressant de constater que le doyen Duguit n'hésite pas à répéter quatre fois à peu près en mêmes termes l'idée que la Déclaration s'impose non seulement au législateur ordinaire mais aussi au législateur constituant entre les pages 603 et

41. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{re} édition, 1923, p.297. C'est nous qui soulignons.

42. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, (Réimp., 1965), *op. cit.* p.269.

43. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition, Paris, Ancienne librairie fontemoing, 1930, t.III, p.606.

44. *Ibid.*, t.III, p.606-607. C'est nous qui soulignons.

45. *Ibid.*, t.III, p.604. C'est nous qui soulignons.

607 du troisième tome de son *Traité* : « Le système des déclarations des droits tend à déterminer les limites qui s'imposent à l'action de l'Etat, et pour cela, on formule *des principes supérieurs que doivent respecter le législateur constituant comme le législateur ordinaire* »⁴⁶. « Elle [la Déclaration de 1789] est la loi fondamentale s'imposant au *législateur constituant* et au législateur ordinaire »⁴⁷. La Déclaration de 1789 limite « les pouvoirs de l'Etat, les pouvoirs du législateur ordinaire et *même du législateur constituant* »⁴⁸. « La Déclaration des droits ainsi comprise est une loi véritable, supérieure aux lois ordinaires, *supérieures même*, je le répète, à la *loi constitutionnelle* et bien distincte d'elle »⁴⁹. Cette même idée est affirmée dans le deuxième tome aussi : la Déclaration, dans l'esprit des hommes de 1789, n'était pas « une simple déclaration philosophique », mais au contraire « la loi fondamentale, la loi supérieure à toutes les lois, *même aux lois constitutionnelles* »⁵⁰.

D. LA THESE DE LA SUPRACONSTITUTIONNALITE DU PRINCIPE DE LA SOUVERAINETE NATIONALE⁵¹

Dans un débat qui a opposé Georges Vedel à Louis Favoreu sur la souveraineté et la supraconstitutionnalité, le doyen Vedel remarque que « le thème de la souveraineté et celui de la supraconstitutionnalité s'entrecroisent sur plusieurs points »⁵². L'un de ces points « intéresse l'utilisation... du concept de supraconstitutionnalité pour mettre hors de toute atteinte le principe de la souveraineté nationale »⁵³.

La question de la supraconstitutionnalité du principe de la souveraineté nationale a été posée lors du débat sur la ratification du Traité de Maastricht. On a soutenu que le Traité de Maastricht remettait en cause le principe de la souveraineté nationale. Or, selon les défenseurs de cette idée, ce principe est de valeur supra-

46. *Ibid.*, t.III, p.603. C'est nous qui soulignons.

47. *Ibid.*, t.III, p.604. C'est nous qui soulignons.

48. *Ibid.*, t.III, p.605. C'est nous qui soulignons.

49. *Ibid.*, t.III, p.607. C'est nous qui soulignons.

50. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition, Paris, Ancienne librairie fontemoing, 1928, t.II, p.184. C'est nous qui soulignons. Notons que cette idée de Léon Duguit est conforme à sa conception générale du droit. Pour lui, la loi prend sa valeur de sa conformité au droit objectif. La Déclaration était une véritable loi, car, dans sa conception, « la loi formule ou met en oeuvre une règle qui est impérative par elle-même, qui ne tire pas son caractère impératif de la volonté de l'Etat, mais qui, à raison du fondement qu'on lui reconnaît, s'impose par elle-même à l'Etat comme aux individus. C'était, disait Duguit, précisément la pensée des auteurs de nos Déclarations des droits qui, admettant l'existence de droits naturels de l'homme, inaliénables et imprescriptibles, fondaient sur eux une règle impérative pour l'Etat et les individus » (*Ibid.*).

51. Rappelons que, le principe de la souveraineté nationale, tel qu'il est défendu par cette thèse, n'a pas besoin de trouver son fondement dans les textes constitutionnels. La thèse de la supériorité du principe de la souveraineté nationale trouvant sa source dans l'article 3 de la Constitution sera discutée plus tard dans la sous-section 2 consacrée à la question de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité.

52. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.79.

53. *Ibid.*

constitutionnelle, et par conséquent il s'impose même à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Par exemple selon Léo Hamon,

« au-dessus même des dispositions constitutionnelles écrites, il y a une sorte de super constitutionnalité à laquelle ni les assemblées, ni les majorités passagères de citoyens ne peuvent porter atteinte, parce que ces dispositions s'imposent à la nation... On parle aujourd'hui de droits fondamentaux de l'homme et l'on admet qu'une Constitution – une révision constitutionnelle – ne sont légitimes que si elles respectent ces droits. Et le principe de la souveraineté nationale n'est pas moins impérieux que le principe des droits de l'homme »⁵⁴.

Le professeur Hamon note que « quand on dit qu'un acte n'est valable que parce qu'il ne porte pas atteinte à la souveraineté nationale, cela veut dire que s'il y portait atteinte il ne serait pas valable »⁵⁵. Ainsi d'après lui, l'instauration d'une politique dite commune en matière de politique extérieure signifie « la disparition de la politique nationale française »⁵⁶. Bref, pour Léo Hamon le principe de la souveraineté nationale est de valeur supraconstitutionnelle⁵⁷.

D'autre part Olivier Beaud lui aussi dote la souveraineté nationale d'un statut de supraconstitutionnalité.

Nous avons déjà exposé une partie de la théorie d'Olivier Beaud dans le titre préliminaire⁵⁸. C'est pourquoi sans entrer dans les détails, notons que le professeur Beaud parle d'un principe de *l'inaliénabilité du pouvoir constituant*⁵⁹, comme la forme moderne de l'inaliénabilité de la souveraineté⁶⁰. Il pense que le pouvoir de révision constitutionnelle est limité par ce principe. Ainsi pour lui, les dispositions de la Constitution touchant à la souveraineté du peuple ne peuvent être révisées que par le pouvoir constituant [originaire], non pas par le pouvoir de révision⁶¹. Car si ces dispositions peuvent être révisées par le pouvoir de révision, « la nature systématique et fondatrice de la souveraineté devait donc s'effacer devant n'importe quel article voté par le législateur constitutionnel »⁶². Ainsi selon Olivier Beaud, la non-limitation matérielle du pouvoir de révision « rend la souveraineté de l'Etat et du peuple à la merci d'un simple vote de parlementaires réunis en Congrès. Ce qui revient à affirmer que le Parlement réuni en formation de révision redevient le souverain »⁶³. Or selon lui, le législateur constitutionnel n'est pas souverain⁶⁴. En

54. Léo Hamon, « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations 'européennes' en cours », *Recueil Dalloz Sirey*, 1991, 43^e Cahier, Chronique - LV, p.303.

55. L'intervention orale de Léo Hamon au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in *La Constitution et l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p.221.

56. *Ibid.*

57. *Ibid.*, p.222. En ce sens voir encore l'intervention orale de Nicole Catala au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in *La Constitution et l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p.218, 227-228.

58. Titre préliminaire, chapitre 1, § 2, A, 2 et chapitre 2, section 2, § 2, B, 2, a.

59. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.325.

60. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1048.

61. *Ibid.*, p.1059.

62. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.476.

63. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1059.

64. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.323-325.

vertu du principe de l'inaliénabilité du pouvoir constituant, seul le peuple « peut remettre en cause la souveraineté »⁶⁵.

On peut se demander si la théorie d'Olivier Beaud ne devrait pas être rangée sous le thème de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité. Nous pensons qu'une partie de sa théorie relève de la question de la supraconstitutionnalité proprement dite, car il limite le pouvoir de révision, on l'a vu, par le principe de l'inaliénabilité du pouvoir constituant [originaire] comme la forme moderne de l'inaliénabilité de la souveraineté. Et ce principe tel qu'il est envisagé par le professeur Beaud ne figure dans aucun texte juridique. En d'autres termes, il est privé de toute existence positive. L'affirmation selon laquelle le pouvoir de révision ne peut pas réviser les dispositions de la Constitution touchant à la souveraineté nationale du peuple ne résulte pas de l'article 3 de la Constitution, mais d'un certain principe de « l'inaliénabilité du pouvoir constituant [originaire] » dont la source textuelle reste inconnue.

Mais d'autre part, Olivier Beaud propose encore une hiérarchisation entre les dispositions de la Constitution en fonction du fait qu'elles touchent ou non à la souveraineté du peuple. Par conséquent il attribue une place supérieure aux dispositions de la Constitution touchant à la souveraineté du peuple. Cette deuxième partie de sa théorie sera traitée plus tard sous le titre de la « hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité »⁶⁶.

En Belgique, Pierre Wigny affirme la supraconstitutionnalité de la souveraineté nationale. Selon lui, « la Constitution est supérieure au pouvoir dont elle règle l'organisation et le fonctionnement. Mais elle est inférieure à la Nation dont elle exprime la volonté souveraine. Rien ne peut empêcher un Etat indépendant de modifier son organisation politique »⁶⁷. Le professeur Wigny continue son argumentation en disant que « la Nation est souveraine. Cette souveraineté est inaliénable en tout et dans chacune de ses parties. Aucune disposition de droit écrit ou coutumier ne peut résister à la volonté de la Nation »⁶⁸. En conséquence, selon le professeur Wigny, la révision constitutionnelle ne suffit pas pour supprimer la souveraineté nationale. Pour cela, à son avis, il faut qu'il y ait une révolution⁶⁹. Dans le même sens, Pierre Wigny affirme encore que « l'indépendance de la Belgique est une réalité supraconstitutionnelle »⁷⁰.

65. *Ibid.*, p.476.

66. Cette section, sous-section 2, § 1, A, 2.

67. Pierre Wigny, *Droit constitutionnel : principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, t. I, p.214.

68. *Ibid.*

69. *Ibid.*, p.216.

70. *Ibid.*

E. LA THESE DE L'EXISTENCE DE PRINCIPES GENERAUX DU DROIT A VALEUR SUPRACONSTITUTIONNELLE

On sait que le Conseil constitutionnel, dans deux décisions rendues en 1979, a fait référence aux principes généraux du droit (la séparation des pouvoirs⁷¹ et la continuité du service public⁷²) sans préciser l'origine textuelle de ces principes. Dans ce cas, ces principes s'imposent au législateur ordinaire⁷³.

De même, on pourrait se demander s'il n'y a pas de principes généraux du droit qui s'imposeraient non seulement au législateur ordinaire, mais aussi au législateur constituant, c'est-à-dire au pouvoir de révision constitutionnelle⁷⁴.

Georges Vedel constate qu'

« à l'occasion de discussions sur l'abrégement éventuel du mandat présidentiel..., plus ou moins clairement, on a vu ou entendu soutenir que la révision constitutionnelle devrait être conforme à des 'principes généraux du droit' dont l'origine et le titre de légitimité demeurent d'ailleurs mystérieux. De telle sorte que serait frappée d'invalidité juridique une loi de révision qui ne s'appliquerait pas au mandat en cours... »⁷⁵.

Ainsi René David, en se référant à la Cour constitutionnelle allemande, note que

« le droit constitutionnel n'est pas limité aux textes de la loi fondamentale, mais il est constitué aussi par 'certains principes généraux que le législateur n'a pas concrétisés dans une règle positive' ; il existe d'autre part un droit supra-positif qui lie même le législateur constituant. 'L'adoption de l'idée selon laquelle le pouvoir constituant pourrait tout régler à son gré signifierait un retour à un positivisme dépassé' »⁷⁶.

71. C.C., n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle Calédonie. Rec.*, p.27.

72. C.C., n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision, Rec.*, p.33.

73. Notons qu'avec ces décisions, certains commentateurs, comme Louis Favoreu, avaient cru pouvoir signaler l'apparition de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle comme un nouvel élément du bloc de constitutionnalité (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 4^e éd., p.433). Cependant une telle conclusion a été contestée dans la doctrine. En effet comme le montre Georges Vedel, les principes généraux du droit peuvent être rattachés aux textes constitutionnels. Mais le Conseil constitutionnel a, parfois, omis, dans le passé, d'expliciter sa référence (Vedel, « Place de Déclaration dans le 'bloc de constitutionnalité' », *op. cit.*, p.51 ; Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.82-83). Et enfin, comme le remarque Louis Favoreu, à partir de 1980, les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle sont écartés du bloc de constitutionnalité. (Louis Favoreu, « Bloc de constitutionnalité », in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de -), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.88. Egalement voir Favoreu, « Les normes de référence », *op. cit.*, p.71-73. Pour ce débat voir encore, Bruno Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, Paris, Les Editions S.T.H., 1988, p.98-100, 203-204.

74. Une question semblable est posée par Louis Favoreu et Loïc Philip. Ils se demandent « s'il [le Conseil constitutionnel] n'accorde pas valeur supraconstitutionnelle à ce principe [la continuité des services publics] » (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.414.).

75. Vedel, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p.179.

76. René David et Camille Jouffret-Spinosi, *Les grands systèmes du droit contemporains*, Paris, Dalloz, 10^e édition, 1992, p.121-122.

F. LA THESE DE L'EXISTENCE D'UNE COUTUME A VALEUR SUPRACONSTITUTIONNELLE

Georges Vedel observe qu'« on a prétendu... voir dans la coutume la source de certaines règles non seulement constitutionnelles, mais aussi *supra-constitutionnelles* qui s'imposeraient au pouvoir constituant lui-même »⁷⁷.

Ainsi, en ce qui concerne la valeur de la coutume par rapport à la constitution écrite, Stéphane Rials note que, « de façon très abstraite, une coutume peut avoir valeur *supra-constitutionnelle* ou constitutionnelle... »⁷⁸. Stéphane Rials pense que « dans la logique de sa position initiale, Duguit se devait d'aller fort loin en ce sens : il a considéré que certaines règles coutumières devaient avoir une valeur *supra-constitutionnelle*, parce qu'elles avaient pour origine la Déclaration de 1789 »⁷⁹. D'autre part, Francine Batailler estime que certains auteurs, comme Maurice Hauriou, accordaient une valeur supraconstitutionnelle à la coutume, « puisqu'ils l'ont placée au-dessus de la Constitution elle-même »⁸⁰. Enfin, Francis Delpérée affirme que le pouvoir constituant est limité par une coutume préconstitutionnelle⁸¹.

§ 2. CRITIQUE

Ainsi après avoir terminé l'exposé de différentes thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels, maintenant nous pouvons passer à la critique de ces thèses.

D'abord nous allons donner la critique générale de la théorie de la supraconstitutionnalité, puis nous allons voir les critiques particulières adressées à différentes thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels.

77. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.121.

78. Stéphane Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle : à propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La Revue administrative*, juillet 1979, p.266.

79. Rials, « Réflexions sur la coutume constitutionnelle... », *op. cit.*, p.268-269. (Cf. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 3^e éd., t.III, p.554 et s.).

80. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1966, p.143. Stéphane Rials note que Francine Batailler a tort de cette estimation (Rials, « Réflexions sur la coutume constitutionnelle... », *op. cit.*, p.268, n.22).

81. Francis Delpérée, *Droit constitutionnel (Tome I : Les données constitutionnelles)*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 1987, p.83, également p.61-62. Notons que selon le professeur Delpérée, « il n'existe pas de Constitution coutumière ; il n'existe que des coutumes dites constitutionnelles » (*op. cit.*, p.58-59). Jacques Velu note que « le système belge se distingue, en ce qui concerne la valeur attribuée à la coutume constitutionnelle, des systèmes dans lesquelles la coutume est la source non seulement de règles constitutionnelles mais aussi de règles supraconstitutionnelles qui lieraient le pouvoir constituant » (Jacques Velu, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.235.).

A. LA CRITIQUE GENERALE

On se rappellera que nous avons déjà souligné le rapport entre la supraconstitutionnalité et le jusnaturalisme. Maintenant nous allons effectivement voir que les thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels sont soutenues par les jusnaturalistes, de même qu'elles sont attaquées par les juspositivistes.

La plupart des auteurs pensent, contrairement à ce que croit Louis Favoreu⁸², que les thèses de la supra-constitutionnalité ne sont soutenables que *si et seulement si l'on accepte l'existence d'un droit naturel*⁸³. Comme le souligne à juste titre le doyen Vedel, « si l'on veut donner à la supraconstitutionnalité une signification acceptable, il faut donc placer le juge sous l'empire, de quelque théorie qu'on l'assortisse et de quelque nom qu'on lui donne, du droit naturel »⁸⁴. Il est intéressant de voir que Stéphane Rials, étant un partisan de la supraconstitutionnalité, avoue lui-même que « l'idée de supraconstitutionnalité n'est qu'un avatar... du droit naturel »⁸⁵. De plus Stéphane Rials explique l'opportunité de la notion de supra-constitutionnalité, en précisant que cette notion est un moyen de « 'communication' d'un constitutionnaliste 'naturaliste' avec les autres artisans de sa discipline »⁸⁶. Car, c'est « une problématique intelligible pour eux, susceptible de prendre place – fût-ce de façon un peu scandaleuse – dans le jeu des concepts qui sont les leurs »⁸⁷.

C'est le doyen Georges Vedel qui fait la critique la plus systématique de la théorie de la supraconstitutionnalité. Il adresse, parmi d'autres, les critiques suivantes à cette théorie.

Tout d'abord le doyen Vedel constate qu'« il n'existe pas, en droit français, de normes juridiques d'un rang supérieur à celui de la Constitution »⁸⁸. Georges Vedel montre que « le Conseil constitutionnel n'a jamais reçu comme juridiques des normes non formulées par les textes constitutionnels ou n'en découlant pas, ce qui exclut l'existence de normes supraconstitutionnelles ayant une valeur extraconstitutionnelle »⁸⁹.

82. Selon le doyen Favoreu, le contexte dans lequel se pose le problème de la supraconstitutionnalité a changé : « la querelle entre jusnaturalistes et juspositivistes n'a plus qu'un intérêt historique et y faire appel aujourd'hui pour répondre à la question posée n'a plus de sens car le contexte n'est plus le même » (Louis Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n°67, p.72). Ainsi d'après lui, « la supraconstitutionnalité n'a pas aujourd'hui besoin d'emprunter au droit naturel » (*Ibid.*, p.75).

83. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.87 ; *Id.*, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p.179. Egalement en ce sens voir Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.119.

84. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.87. En ce sens voir encore Vedel, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p.179 : « ... une mystérieuse 'supra-constitutionnalité' qui emprunte au droit naturel sa commode plasticité... ».

85. Rials, « Supraconstitutionnalité... », *op. cit.*, p.59-60. C'est nous qui soulignons.

86. *Ibid.*, p.60.

87. *Ibid.*

88. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.82.

89. *Ibid.*

La deuxième critique du doyen Vedel consiste à dire que « le concept de normes juridiques supraconstitutionnelles est logiquement inconstructible »⁹⁰. Parce que « la supraconstitutionnalité, à l'état pur, supposerait qu'il existe des règles supérieures à la Constitution et non formulées par celle-ci » et « qu'il appartiendra à une juridiction suprême de les découvrir et de les mettre en oeuvre »⁹¹. « En ce cas, demande Georges Vedel, ne serait-il pas plus simple de dire que le juge reçoit le pouvoir constituant ? Il y aurait moins une supraconstitutionnalité de certaines règles qu'une infraconstitutionnalité du droit constitutionnel écrit »⁹². Ainsi la supraconstitutionnalité « correspondrait dans la réalité à donner la puissance initiale à un corps à qui, selon la pratique universelle, le mode de désignation et le statut ne légitiment pas l'attribution d'une telle puissance »⁹³.

Troisièmement, d'après Georges Vedel, « la supraconstitutionnalité est dangereuse pour l'ordre juridique démocratique »⁹⁴. Elle « mettrait en cause à plus ou moins long terme l'équilibre démocratique »⁹⁵.

« L'équilibre démocratique, dit le doyen Vedel, repose sur une répartition des compétences se limitant les unes et les autres et dont l'effectivité est assurée par les juridictions diverses. Mais il faut bien qu'au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe un lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. Ce lieu est celui du pouvoir constituant »⁹⁶.

En d'autres termes, « seul le pouvoir constituant détient dans sa totalité la souveraineté originaire »⁹⁷. La légitimité du juge constitutionnel trouve son fondement dans le fait que « le pouvoir constituant peut modifier telle ou telle norme ou imposer une interprétation qui n'a pas été celle du juge »⁹⁸.

Selon le doyen Vedel, « dans cette construction, l'introduction du mythe de la supraconstitutionnalité introduirait un dérèglement total »⁹⁹. Ainsi le souverain serait détrôné¹⁰⁰, et le pouvoir constituant ne serait plus un pouvoir initial. Il serait soumis « à des conditions de légitimité alors que c'est lui qui devrait incarner ou définir la légitimité »¹⁰¹. Bref, la supraconstitutionnalité serait « une machine à détruire le pouvoir constituant »¹⁰².

D'autre part, Georges Vedel affirme que la supraconstitutionnalité ouvrirait la voie au « gouvernement des juges ». Car, si « l'argument de la supraconstitution-

90. *Ibid.*, p.87.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*, p.92.

95. Vedel, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p.179.

96. *Ibid.*

97. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.93.

98. *Ibid.*, p.94.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*

101. *Ibid.*

102. *Ibid.*

nalité est invoqué par une minorité parlementaire pour justifier une saisine du Conseil constitutionnel, son sort dépend du seul Conseil constitutionnel puisque la loi ne peut être promulguée si le Conseil se range à l'argumentation tirée de la supraconstitutionnalité »¹⁰³. Le professeur Vedel constate que

« le Conseil constitutionnel s'est jusqu'ici gardé d'écouter les sirènes de la supraconstitutionnalité. Céder à la séduction lui ferait perdre sa légitimité. Comme, de quelque artifice que l'on use, la norme prétendument supraconstitutionnelle n'est écrite ou saisissable nulle part et n'est qu'une représentation de la psychologie individuelle, la loi pourrait être approuvée ou condamnée au nom d'opinions personnelles, drapées il est vrai d'une phraséologie majestueuse. Le juge se fera source primaire du droit, puissance normative initiale, usurpateur de la souveraineté »¹⁰⁴.

D'après le doyen Vedel, « la supraconstitutionnalité... repose sur l'illusion qu'à un certain moment de l'histoire... l'humanité a établi un système de valeurs définitif auquel il n'est plus possible de toucher »¹⁰⁵.

Comme Hans Kelsen constate que la théorie du droit naturel a une origine religieuse et métaphysique¹⁰⁶, Georges Vedel remarque que la théorie de la supraconstitutionnalité est de caractère religieux :

« On pourrait concevoir que, dans un système de croyances assignant à l'homme un statut créature, il existe un corps de règles imposé par le Créateur. Mais si l'homme est l'enfant d'une nature sans visage, dont il est partie la plus consciente, il est son propre créateur au fil des millénaires et il n'a pas de modèle à suivre sinon celui qu'il dessine lui-même »¹⁰⁷.

B. LES CRITIQUES PARTICULIERES

Après avoir ainsi donné la critique générale de la théorie de la supraconstitutionnalité, nous passons maintenant à la critique, une à une, de différentes thèses qui soutiennent la supraconstitutionnalité de tel ou tel principe. Commençons par la critique de la thèse de la supraconstitutionnalité de certains principes du droit naturel.

1. La critique de la thèse de la supraconstitutionnalité de certains principes du droit naturel

A notre avis, la thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle est lié par certains principes du droit naturel n'est pas fondée, parce que l'existence du droit naturel n'est pas démontrée. Les positivistes ont adressé plusieurs critiques

103. *Ibid.*, p.95.

104. *Ibid.*, p.95-96.

105. *Ibid.*, p.94.

106. Kelsen, « Justice et droit naturel », *op. cit.*, p.69-74. Pour l'origine religieuse du droit naturel voir *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 2, A.

107. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.94-95.

à la théorie du droit naturel. Nous les avons vus plus haut¹⁰⁸. Rappelons-nous que, selon ces critiques, d'une manière résumée, premièrement, il n'existe pas d'ordre immanent dans la nature, si l'on n'accepte pas que la nature soit créée et gouvernée par un Dieu juste¹⁰⁹. Deuxièmement il n'existe pas non plus de raison commune à tous les hommes, comme le prétendent les adeptes du rationalisme jusnaturaliste¹¹⁰. Troisièmement, il n'existe pas de valeurs absolues¹¹¹. Quatrièmement, le jusnaturalisme confond la science du droit avec l'objet de celle-ci¹¹². Enfin, cette doctrine repose sur une théorie absolue de la justice. Or, il n'existe pas de critère universel et objectif qui permette de distinguer « ce qui est juste » de « ce qui est injuste » ; et on ne peut pas obtenir un tel critère par voie d'observation de la nature. Par conséquent, chacun demeure libre de concevoir le droit naturel selon les exigences de sa propre conscience. Ainsi si l'on accepte cette doctrine, dans la même situation, telle ou telle règle serait supraconstitutionnelle pour les uns, et non supraconstitutionnelle pour les autres. Il est évident qu'un tel résultat n'est pas objectivement acceptable.

2. La critique de la thèse de la supraconstitutionnalité des droits de l'homme

Les droits de l'homme, tels qu'ils sont envisagés par les défenseurs de la supraconstitutionnalité, n'ont aucune valeur juridique, car ils sont privés d'existence matérielle. Quant à la valeur des droits de l'homme inscrits dans les textes constitutionnels, ils ont une valeur constitutionnelle et par conséquent ils lient le législateur ordinaire, mais pas le pouvoir de révision constitutionnelle.

3. La critique de la thèse de la supraconstitutionnalité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sous la III^e République¹¹³

La thèse de Duguit selon laquelle la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a une valeur supraconstitutionnelle, et par conséquent qu'elle s'impose non seulement au législateur ordinaire, mais aussi au législateur constituant est combattue sous la III^e République par Esmein et Carré de Malberg.

108. Cette partie, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 2, A.

109. Kelsen, « La justice et droit naturel », *op. cit.*, p.69-70.

110. Grzegorzcyk, « Le positivisme comme méthodologie juridique », *op. cit.*, p.175.

111. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.87-90.

112. Grzegorzcyk, « Le positivisme comme méthodologie juridique », *op. cit.*, p.176. Par exemple, l'article de Serge Arné (« Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *op. cit.*, *passim*) est une parfaite illustration de cette confusion. Serge Arné pose lui-même des normes supraconstitutionnelles (voir par exemple *Ibid.*, p.474-475). Or, la tâche de la science du droit est de décrire les normes positivement existant, non pas de prescrire les nouvelles normes.

113. Rappelons que la discussion sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789, sous la III^e République, relève de la question de la supraconstitutionnalité. Car la Déclaration n'était pas inscrite dans les lois constitutionnelles de 1875. Alors que la même discussion appartient, sous les IV^e et V^e Républiques, à la question de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité ; car les Constitutions de 1946 et 1958 font référence à la Déclaration de 1789.

Pour Adhémar Esmein, la Déclaration des droits de 1789 n'a aucune valeur juridique positive :

« Les Déclarations des droits émanent de corps possédant une autorité légale et même souveraine, d'assemblées constituantes ; mais ce ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des *déclarations de principes* »¹¹⁴.

La thèse de Léon Duguit est combattue également par *Raymond Carré de Malberg*. Il avance trois arguments.

D'abord, Carré de Malberg observe que « la Déclaration de 1789 a été remplacée par celles de 1793, de l'an III, de 1848, dont personne n'a jamais dit qu'elles soient en vigueur aujourd'hui »¹¹⁵.

Ensuite, selon Carré de Malberg,

« de deux choses l'une : Ou bien la Déclaration de 1789 faisait partie intégrante de la Constitution de 1791, et en ce cas, elle a disparu avec cette Constitution. Ou, au contraire, elle était distincte de l'acte constitutionnel de 1791, et elle ne faisait qu'énoncer les idées essentielles et fondamentales qui devaient servir de base à la Constitution future. Mais alors, elle n'avait plus que la portée dogmatique d'une déclaration de vérités philosophiques... ; ou plutôt elle se ramenait à l'énoncé de concepts de droit naturel... qui ne saurait être considérés comme des prescriptions juridiques ayant l'efficacité de règles de droit positif »¹¹⁶.

Enfin, Carré de Malberg pense que même si la Déclaration de 1789 avait été incorporée dans la Constitution, elle ne pouvait pas avoir la valeur juridique. Car,

« la Déclaration de 1789... n'est pas, à proprement parler, une déclaration de droits, mais seulement une déclaration de principes : elle ne formule pas des règles juridiques, qui soient susceptibles d'être appliquées pratiquement par un juge ; elle ne met pas les citoyens en état de faire valoir devant les tribunaux telle ou telle faculté individuelle nettement délimitée ; les vagues et générales affirmations auxquelles elle se borne, laissant entière la question de la réglementation législative des droits individuels qu'elle a pu implicitement consacrer ; et par suite, elles laissent entière aussi la puissance du législateur à l'égard de cette réglementation »¹¹⁷.

Ainsi Raymond Carré de Malberg conclut qu'

« il ne servirait donc à rien de démontrer que la Déclaration de 1789 demeure toujours en vigueur : quand encore il serait établi qu'elle survit actuellement, comme loi supérieure au pouvoir législatif et au pouvoir constituant lui-même, cela ne diminuerait en aucune

114. Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e édition revue par Henry Nézard, Paris, Sirey, 1927, t.I, p.592.

115. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.580.

116. *Ibid.*, t.II, p.581.

117. *Ibid.* Il paraît que ce troisième argument est infirmé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Comme on va le voir plus tard, depuis 1973, il n'y a aucun doute que la Déclaration de 1789 fait partie du bloc de constitutionnalité. Ainsi, dans le cas où la Déclaration de 1789 est incorporée dans la constitution, elle a une valeur constitutionnelle. En effet Carré de Malberg confond ici l'imprécision d'une règle avec sa validité. Comme l'explique Georges Vedel, « l'imprécision de la prescription n'en supprime pas le caractère normatif » (Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.55. Voir également *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 1. B.

façon la puissance inconditionnée, qui, dans le silence de la Constitution de 1875, appartient aux Chambres en ce qui concerne les droits des citoyens »¹¹⁸.

Bref comme le montre Carré de Malberg, la Déclaration faisait partie de la Constitution de 1791, par conséquent à cette époque, elle avait la même valeur que la Constitution de 1791 à laquelle elle était attachée. Il faut alors conclure que la disparition de cette Constitution a entraîné inévitablement la disparition de la Déclaration. En d'autres termes, sous la III^e République, la Déclaration, n'étant pas inscrite dans les lois constitutionnelles de 1875, était privée non seulement de valeur supraconstitutionnelle ou constitutionnelle, mais encore de toute valeur juridique.

4. La critique de la thèse de la supraconstitutionnalité de la souveraineté nationale

En effet si le principe de la souveraineté nationale est inscrit dans le texte de la constitution¹¹⁹, comme c'est le cas dans l'article 3 de la Constitution française de 1958, ce principe a une valeur constitutionnelle, mais non pas supraconstitutionnelle, parce que, dans cette hypothèse, comme le remarque à juste titre le doyen Vedel, « la souveraineté nationale ne peut, au regard de la Constitution, bénéficier d'aucun statut de supériorité. Elle est l'une des normes de valeur constitutionnelle avec d'autres et peut être tenue en échec par une révision constitutionnelle autorisant à y déroger ou en limitant les effets »¹²⁰.

Et si le principe de souveraineté nationale auquel on attribue une valeur supraconstitutionnelle n'est pas inscrit dans le texte constitutionnel, il ne peut pas avoir de valeur juridique quelconque. Parce qu'il n'a pas d'existence matérielle. Autrement dit, dans ce cas, le principe de la souveraineté nationale est juridiquement inexistant ; par conséquent il est privé non seulement de valeur supraconstitutionnelle ou constitutionnelle, mais encore de toute valeur juridique.

Par exemple, comme on l'a vu, le professeur Olivier Beaud limite le pouvoir de révision par le principe de l'inaliénabilité du pouvoir constituant [originaire] comme la forme moderne de l'inaliénabilité de la souveraineté. Et ce principe tel qu'il est envisagé par le professeur Beaud ne figure dans aucun texte juridique. En d'autres termes, il est privé de toute existence positive. L'affirmation selon laquelle le pouvoir de révision ne peut pas réviser les dispositions de la Constitution touchant à la souveraineté du peuple ne résulte pas de l'article 3 de la Constitution, mais d'un certain principe de « l'inaliénabilité du pouvoir constituant [originaire] » dont la source textuelle reste inconnue¹²¹. Par conséquent, comme nous l'avons

118. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.581-582.

119. Notons que cette hypothèse entre dans « la question de la hiérarchie des règles à l'intérieur de la constitution » que nous allons examiner en bas dans la sous-section 2 de cette section.

120. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnelle », *op. cit.*, p.80.

121. En effet Olivier Beaud avoue lui-même que « cette souveraineté propre à l'Etat, cette inhérente qualité de l'Etat, cette 'étaticité' (*Staatlichkeit*), ne figure pas dans la Constitution... La Constitution de 1958 est typique de cette oblitération de la souveraineté de l'Etat et même de la souveraineté constituante. Il faudra un effort de construction doctrinale, trop peu tenté par la

montré dans le titre préliminaire, ce principe de l'inaliénabilité de la souveraineté est de caractère jusnaturaliste¹²².

5. La critique des thèses favorables à l'existence de principes généraux du droit à valeur supraconstitutionnelle

A notre avis, les principes généraux du droit ne lient pas le pouvoir de révision constitutionnelle. Car dans la conception positiviste du droit que nous suivons dans notre travail, un principe ne peut être valable que s'il existe dans un texte posé. Et si un tel principe est reconnu par la constitution¹²³, il a une valeur constitutionnelle, et non pas supraconstitutionnelle. D'ailleurs cette hypothèse est exclue par la définition même de ces principes. Car, ils sont définis comme des principes « applicables même en l'absence de textes ». De plus ces principes ne sont en effet « généraux » que dans une certaine civilisation donnée.

6. La critique des thèses favorables à l'existence d'une coutume à valeur supraconstitutionnelle

En ce qui concerne l'idée de coutume supraconstitutionnelle, Georges Vedel a montré que cette idée « n'est qu'un moyen malheureux pour réintroduire le droit naturel dans le système juridique »¹²⁴. D'ailleurs selon le doyen Vedel, « il est impossible d'admettre l'idée d'un droit coutumier supra-constitutionnel qui équivaldrait à conférer une immutabilité absolue à certaines règles de droit positif »¹²⁵.

CONCLUSION : L'INVALIDITE JURIDIQUE DES PRINCIPES SUPRACONSTITUTIONNELS

Ainsi après avoir vu successivement l'exposé et la critique de différentes thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels, nous allons maintenant essayer de faire une appréciation générale de la question de la supraconstitutionnalité. Cette appréciation sera faite du point de vue de la conception positiviste de la validité juridique. En d'autres termes, nous allons rechercher ici la validité juridique de ces principes auxquels on attribue une valeur supraconstitutionnelle. Comme nous l'avons déjà établi plus haut, pour qu'elle soit valable, elle doit remplir quelques conditions¹²⁶.

doctrine constitutionnelle, pour tirer du texte constitutionnel » (Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1049-1050.

122. Titre préliminaire, chapitre 1, § 2, C, 1, d.

123. Dans ce cas, le problème de savoir si ce principe s'impose au pouvoir de révision constitutionnelle relève du thème de la hiérarchie des règles à l'intérieure de la constitution que nous allons examiner en bas dans la deuxième sous-section 2 de cette section.

124. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.121.

125. *Ibid.*

126. Pour ces conditions voir *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2.

Maintenant examinons si les principes auxquels on attribue la qualité supra-constitutionnelle remplissent ces conditions de la validité juridique. Commençons par la première condition préliminaire, c'est-à-dire l'existence matérielle¹²⁷.

Nous avons constaté plus haut que les défenseurs de la supraconstitutionnalité acceptent tous l'existence de principes supraconstitutionnels. Cependant ils ne sont pas d'accord sur la liste de ceux-ci. Chacun dresse une liste différente conformément à sa propre conception¹²⁸. En effet, cette différence résulte du fait que ces principes sont privés en effet de toute existence matérielle. Ils ne figurent dans aucun support concret, dans aucun document. C'est pourquoi il est complètement impossible d'établir l'existence de l'*instrumentum* dans lequel se trouvent les principes supraconstitutionnels. Où se trouvent ces principes ? Comment peut-on connaître leur contenu ? En consultant quel document, quel recueil ? On ne peut donner aucune réponse à ces questions, car tout simplement, ces principes ne sont inscrits nulle part.

Par exemple, où est inscrit le principe de Stéphane Rials selon lequel les droits fondamentaux sont supérieurs à la volonté du constituant ? Où figure également le principe de Serge Arné selon lequel la reconnaissance du respect de la dignité de la personne humaine s'impose même au pouvoir constituant ? Où se trouve encore le principe d'Olivier Beaud selon lequel le pouvoir de révision est limité par l'inaliénabilité de la souveraineté ?

Stéphane Rials et Serge Arné répondront peut-être « dans le cœur de l'homme ou dans la nature » ! Et Olivier Beaud nous dira « dans la nature systématique et fondatrice de la souveraineté »¹²⁹ !

Mais en aucun cas, ils ne peuvent nous montrer de document. Car ces principes ne sont pas posés, au moins par une volonté humaine. Or, selon la conception positiviste que nous suivons tout au long de nos développements, comme on l'a vu dans le titre précédent¹³⁰, la norme juridique est une création humaine, autrement dit une chose non posée n'est pas une norme juridique. A vrai dire ces « normes supraconstitutionnelles » sont *posées* par les auteurs jusnaturalistes eux-mêmes. Ainsi ces auteurs se sont substitués non seulement au législateur ordinaire, mais encore grâce à la théorie de la supraconstitutionnalité, au pouvoir constituant originaire.

De plus, l'inexistence objective de ces principes résulte de leur définition même. Car, ces principes sont définis, on l'a vu, comme les règles supérieures à la constitution et non formulées par celle-ci. Ainsi ces principes prétendent supraconstitutionnels sont en effet non seulement *extra-constitutionnels*, mais encore *extra-textuels*. Par conséquent, selon notre conception de la validité juridi-

127. Pour la notion d'existence matérielle voir *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 1, A.

128. Voir cette sous-section, § 1.

129. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1059.

130. Titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 1, B.

que, ces principes sont privés non seulement de valeur *supraconstitutionnelle* et *constitutionnelle*, mais encore de *toute valeur juridique*.

En bref, ces principes dits « supraconstitutionnels » sont privés d'existence matérielle, par conséquent ils ne remplissent pas la première condition préliminaire de la validité juridique. C'est pourquoi, ces principes, étant matériellement inexistant, ne peuvent avoir aucune valeur juridique.

Puisque ces principes ne remplissent même pas la première condition préalable, il est inutile de rechercher s'ils remplissent les autres conditions de la validité juridique. Car, ces conditions sont cumulatives, non pas alternatives.

En conclusion, pour nous, il n'existe pas de normes juridiques supraconstitutionnelles et les principes qualifiés par l'adjectif « supraconstitutionnels » sont privés de toute valeur juridique, ainsi que de toute existence matérielle. Ces principes sont en effet de caractère éthique ou politique, mais en tout cas non pas juridique. Par conséquent, on ne peut en déduire des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Sous-section 2

LES THESES FAVORABLES A L'EXISTENCE D'UNE HIERARCHIE ENTRE LES NORMES CONSTITUTIONNELLES

Comme on l'a remarqué au début de cette section, les normes auxquelles on attribue un rang supérieur au sein du bloc de constitutionnalité ont une origine constitutionnelle. En d'autres termes, cette théorie prévoit une hiérarchisation dans l'ensemble des normes ayant leur source dans des textes constitutionnels¹. Ainsi, les normes constitutionnelles qui sont hiérarchisées, les unes par rapport aux autres, ont un fondement direct ou dérivé dans un texte de valeur constitutionnelle². Par conséquent, ces normes ont toutes une existence positive. En résumé, nous définissons les normes de rang supérieur au sein de la constitution par ces deux éléments : *une valeur supérieure aux autres normes de la constitution* et *une origine constitutionnelle*.

Nous allons d'abord exposer les diverses thèses favorables à l'existence d'une hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité, et ensuite nous allons essayer de faire la critique de ces thèses.

§ 1. EXPOSE

Dans la doctrine du droit constitutionnel on établit en général deux types de hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité. Certains auteurs posent une hiérarchie *entre les différents textes* composant le bloc de constitutionnalité. D'autres proposent une hiérarchie non pas entre les textes, mais *entre les différentes dispositions* de ces textes en fonction de leur contenu respectif. Les premiers seront examinés sous l'intitulé « les thèses posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité » (A) et les seconds sous « les thèses posant une hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles » (B).

1. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.83.

2. *Ibid.*

A. LES THESES POSANT UNE HIERARCHIE ENTRE LES TEXTES COMPOSANT LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITE

Avant de passer à l'examen des différentes thèses posant une hiérarchie entre les textes faisant partie du bloc de constitutionnalité, il convient de préciser brièvement ce que l'on entend par « bloc de constitutionnalité ».

Le bloc de constitutionnalité *lato sensu* comprend « toutes les normes de valeur supérieure à celle de la loi et dont le Conseil constitutionnel est chargé d'assurer le respect »³. Par contre le bloc de constitutionnalité *stricto sensu* se définit comme « l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif »⁴. Il est évident que pour traiter le problème de la hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité seulement c'est le deuxième sens qui peut être retenu. Car, le bloc de constitutionnalité au sens large contient également les lois organiques. Or, ces lois se situent dans un rang inférieur à celui de la Constitution. Comme l'a montré le doyen Vedel, « lorsque le juge constitutionnel censure une loi ordinaire... comme contraire à une loi organique, le fondement de cette censure... est en dernière analyse la méconnaissance par celui-ci des dispositions de l'article 46 de la Constitution »⁵. C'est pourquoi, dans notre travail, le bloc de constitutionnalité est pris dans son sens strict. Et dans ce sens, le bloc de constitutionnalité se compose exclusivement de textes de niveau constitutionnel⁶ : *les articles de la Constitution de 1958 et son Préambule*. Et ce dernier fait référence d'une part à la *Déclaration de 1789*⁷ et d'autre part au *Préambule de la Constitution de 1946*⁸. Le préambule de 1946 à son tour comporte lui-même la référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁹

3. Georges Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, (Colloque des 25 mai et 26 mai au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989, p.49. Dans ce sens, le bloc de constitutionnalité contient également les lois organiques.

4. Louis Favoreu, « Bloc de constitutionnalité », in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de -), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.87.

5. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.49-50.

6. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.52 ; Favoreu, « Bloc de constitutionnalité », *op. cit.*, p.87 ; Louis Favoreu, « Les normes de référence », in Louis Favoreu (sous la direction de -), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Journée d'études du 13 mars 1987, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p.75.

7. Comme on le sait, le Préambule de la Constitution de 1958 fait référence à la Déclaration de 1789. Ainsi le Conseil constitutionnel a reconnu expressément la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 dans sa décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxations d'office, Rec.*, p.25. Voir pour cette décision : Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., n° 21, p.275-290. Pour la liste des autres décisions dans lesquelles le Conseil a fait l'application de la Déclaration de 1789, voir : Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.278-288.

8. Le préambule de la Constitution de 1958 fait référence au Préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil constitutionnel a affirmé l'intégration des principes du Préambule de la Constitution de 1946 dans le bloc de constitutionnalité dans sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse, Rec.* p.19 (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.315).

9. Ces principes trouvent leur origine dans le préambule de la Constitution de 1946. Ils ont été appliqués, pour la première fois, par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 71-44 DC du

et aux « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* »¹⁰. Ainsi les normes du droit international¹¹ et les principes généraux du droit¹² ne font pas partie du bloc de constitutionnalité.

Dès lors que le bloc de constitutionnalité est composé de plusieurs textes, le problème de la hiérarchisation de ces textes les uns par rapport aux autres se pose inévitablement¹³. Ainsi tous les textes faisant partie du bloc de constitutionnalité

16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *Rec.*, p.29. Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.255-257. Pour la liste des *principes reconnus par les lois de la République* consacrés par le Conseil constitutionnel voir : Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.258-259.).

10. Par exemple le Conseil constitutionnel considère comme un « principe particulièrement nécessaire à notre temps » le principe d'égalité entre les sexes (décision du 30 décembre 1981, *Rec.*, p.41), du droit d'asile (décision du 9 janvier 1980, *Rec.*, p.29), du droit d'obtenir un emploi (décision du 28 mai 1983, *Rec.*, p.41), de la liberté syndicale (décision du 19-20 juillet 1983, *Rec.*, p.29). Pour d'autres exemples de ces principes voir : Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.175 ; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.99 ; Turpin, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.71-72 ; Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.200-203, 263-264.

11. C.C., n° 74-54 du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, *Rec.*, p.19. Voir Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.295-319 ; Favoreu, « Les normes de référence », *op. cit.*, p.74-75. Il faut cependant noter qu'avec la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 et celle n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, la question d'un revirement jurisprudentiel s'est posée dans la doctrine. Voir Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.186-188 ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.808-809 ; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.105-108. Etienne Picart, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », *Revue française de droit administratif*, 1993, p.47-54 ; Henry Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1994, p.58-59 ; Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *op. cit.*, p.949.

12. Tout d'abord notons que certains auteurs les appellent les « principes de valeur constitutionnelle » (voir par exemple : Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.176 ; Turpin, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.74 ; Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.54. Quelle que soit leur appellation, il s'agit des principes auxquels le Conseil constitutionnel fait référence en ne s'appuyant sur aucun texte.

Le Conseil constitutionnel, dans deux décisions rendues en 1979, faisait référence aux principes généraux du droit (la séparation des pouvoirs et la continuité du service public) sans préciser l'origine textuelle de ces principes (C.C., n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle Calédonie*, *Rec.*, p.27-30 ; C.C., n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *Rec.*, p.33). Avec ces décisions certains commentateurs, comme Louis Favoreu, avaient cru pouvoir signaler l'apparition de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle comme un nouvel élément du bloc de constitutionnalité (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 4^e édition, p.433).

Une telle conclusion a été contestée dans la doctrine. En effet, comme le montre le doyen Vedel, les principes généraux du droit peuvent être rattachés aux textes constitutionnels. Mais le Conseil constitutionnel a, dans le passé, parfois omis d'explicitier sa référence (Vedel, « La place de la Déclaration dans le 'bloc de constitutionnalité' », *op. cit.*, p.51 ; *Id.*, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.82-83). *Id.*, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la Société de législation comparée*, 1984, p.287. Et enfin, comme le remarque Louis Favoreu, à partir de 1980, les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle sont écartés du bloc de constitutionnalité. (Favoreu, « Bloc de constitutionnalité », *Dictionnaire constitutionnel*, p.88. *Id.*, « Les normes de référence », *op. cit.*, p.71-73. Pour ce débat voir encore, Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel op. cit.*, p.98-100, 203-204.

13. Thierry Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevées d'office*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p.147 ; Dominique

ont-ils la même valeur ? « Certains ne doivent-ils pas, en cas de conflit être préférés à d'autres ? Par exemple, la Déclaration de 1789 prime-t-elle ou non les dispositions du Préambule de 1946 ? Prime-t-elle les articles de la Constitution »¹⁴ ?

Une partie de la doctrine répond par l'affirmative. Pour certains auteurs, il y a une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité. Selon leurs thèses, tel ou tel texte faisant partie du bloc de constitutionnalité prévalent sur les autres textes de ce bloc. Cependant il est intéressant de constater que ces auteurs, tous partisans d'une telle hiérarchisation, ne sont pas d'accord sur le rang qui sera attribué dans la hiérarchie à tel ou tel texte. Pour certains, c'est la Déclaration de 1789 qui occupe le premier rang dans la hiérarchie. Pour d'autres, c'est le Préambule de la Constitution de 1946 qui prévaut sur les autres parties du bloc de constitutionnalité.

1. La thèse de la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le préambule de la Constitution de 1946

En faveur de cette thèse deux arguments sont invoqués.

a) Le premier argument se fonde sur le *caractère absolu et imprescriptible* des droits proclamés par la Déclaration.

Par exemple, François Goguel affirme que la Déclaration de 1789 a une prééminence par rapport aux « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » énoncés par le Préambule de la Constitution de 1946. Selon lui, cette prééminence

« se justifie fort bien. Il résulte des termes mêmes de la Déclaration de 1789 que celle-ci ne prétend pas correspondre à un état donné du développement de l'histoire de l'humanité et de l'évolution des sociétés. Les droits qu'elle proclame appartiennent à l'homme en tant qu'il est homme. Ils sont absolus et imprescriptibles. Au contraire les principes énoncés par le Préambule de 1946 sont expressément déclarés 'particulièrement nécessaires à notre temps'. Ils ont donc pu ne pas être nécessaires dans le passé, ils pourront ne plus l'être dans l'avenir... Les principes particulièrement nécessaires à notre temps, à la différence des Droits proclamés en 1789, sont donc affectés d'un certain coefficient de contingence et de relativité »¹⁵.

Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 3^e édition, 1993, p.108 ; Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1986, p.77.

14. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.48.

15. François Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », Colloque international d'Aix-en-Provence des 19, 20, 21 février 1981, in *Revue internationale de droit comparé*, 1981, p.444. (Le même rapport se trouve également in Louis Favoreu (sous la direction de-), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du II^e Colloque d'Aix-en-Provence des 19-21 février 1981, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.236) ; Voir également du même auteur, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Cours I.E.P., 1983-1984, p.202.

De même Stéphane Rials estime que

« d'un côté, il y a quelques principes qui sont à la base de tout mouvement juridique, des principes que notre ordonnancement juridique, par le truchement de la déclaration de 1789, ne se permet pas de constituer mais reconnaît comme *antérieurs et supérieurs, naturels et imprescriptibles*. Ils bénéficient d'un exceptionnel consensus. De l'autre, il y a d'une part des principes qui correspondent à un moment donné de notre civilisation juridique – éminents certes, mais manifestement inférieurs aux précédents qu'ils se contentent souvent de préciser au regard de l'éthique du dernier siècle –, et d'autre part des propositions programmatiques qui ne font certes pas l'objet d'un sentiment unanime de l'opinion (les nationalisations par exemple), qui apparaissent étroitement marquées par les circonstances de leur élaboration, qui ont parfois le caractère de simples directives (ainsi lorsque le préambule de 1946 pose que 'la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement' ; ou que 'tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises' »¹⁶.

André de Laubadère et Pierre Delvolvé, en constatant le caractère libéral des principes proclamés par la Déclaration de 1789 et le caractère interventionniste des principes de 1946, placent, eux aussi, les principes libéraux au premier plan. Pour les auteurs,

« les principes interventionnistes ne viennent qu'en second lieu (ils sont proclamés 'en outre'). Dans la mesure où ils contredisent les précédents, ils l'emportent sur eux. Mais en dehors de ceux qu'ils impliquent nécessairement, les principes libéraux retrouvent application. Si l'on voulait schématiser, on dirait que ces derniers constituent le droit commun, alors que les autres constituent l'exception. La formule est sans doute trop brutale. Il n'en faut pas moins considérer que l'interventionnisme qu'appelle le préambule s'inscrit dans un système dont il maintient le libéralisme »¹⁷.

b) Le deuxième argument se concentre sur le *caractère complémentaire* du préambule de la Constitution de 1946. En effet les termes mêmes du préambule de la Constitution de 1958 affirment que le préambule de la Constitution de 1946 « confirme » et « complète » la Déclaration de 1789¹⁸.

Ainsi en soulignant le caractère complémentaire du préambule de la Constitution de 1946, Jean-François Flauss soutient que les droits sociaux ont un « rang inférieur et subordonné dans le bloc des règles à valeur constitutionnelle »¹⁹. Selon lui que « les droits sociaux peuvent venir enrichir, mais non amputer, les droits et libertés issus de la Déclaration de 1789 »²⁰. « En d'autres termes, c'est dire que les principes constitutionnels résultant de la Déclaration de 1789 sont, par rapport à

16. Stéphane Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^e République », *Revue du droit public*, 1984, p.603.

17. André de Laubadère et Pierre Delvolvé, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 1986, p.101.

18. Le premier paragraphe du préambule de la Constitution de 1958 : « ... la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ».

19. Jean-François Flauss, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Droit social*, 1982, p.652.

20. *Ibid.*

ceux issus du Préambule de 1946, dotés d'une autorité supérieure. Par voie de conséquence, en cas de conflit les premiers primeront les seconds »²¹.

2. La thèse de la supériorité du préambule de la Constitution de 1946 sur la Déclaration de 1789

En sens inverse, certains auteurs ont soutenu que le texte du préambule de la Constitution de 1946 a une prééminence sur celui de la Déclaration de 1789. En faveur de cette thèse, comme l'observe le doyen Georges Vedel, deux arguments sont avancés. « Le premier serait de faire valoir que le texte le plus récent doit être préféré au plus ancien. Le second serait que les 'principes particulièrement nécessaires à notre temps' doivent l'emporter sur des principes venant d'autres temps »²².

a) Le premier argument consiste en l'application de la règle *lex posterior derogat priori*. Ainsi, selon cette règle, en cas de conflit le texte le plus récent l'emporte sur le plus ancien. En appliquant cette règle au bloc de constitutionnalité, Loïc Philip a affirmé que

« les dispositions contenues dans la Constitution de 1958 l'emporteraient sur celles du Préambule de 1946, lesquelles prévaudraient sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qui eux-mêmes l'emporteraient sur la Déclaration de 1789. Les dispositions contenues dans ce texte ne pourraient donc recevoir valeur constitutionnelle que dans la mesure où elles ne seraient pas contredites par d'autres dispositions constitutionnelles *postérieures* et leur portée devrait être définie compte tenu des limitations qui ont pu intervenir par la suite dans des textes de valeur constitutionnelle »²³.

b) Quant au deuxième argument, il a été avancé en 1974 par *François Luchaire*. Selon lui,

« la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 répondait aux exigences de son époque ; mais notre époque a d'autres exigences : la propriété '*droit inviolable et sacré*' est devenue une fonction sociale ; l'égalité en droit est dépassée par le souci d'une égalité matérielle ; la Déclaration de 1789 ne doit pas être interprétée comme elle l'aurait été au début de la grande révolution, mais en fonction de notre temps et naturellement des autres dispositions très générales de la Constitution de 1958 de son préambule comme celui de 1946. A cet égard une disposition de l'actuelle Constitution apparaît fondamentale 'la France est une République... sociale' ; cette affirmation apporte la clé d'interprétation de la Déclaration de 1789 qui la fait correspondre aux exigences de notre temps »²⁴.

21. *Ibid.*, p.652-653.

22. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53.

23. Loïc Philip, « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, t.II, p.335-336. Cependant notons que Loïc Philip constatait que « le Conseil constitutionnel n'a pas davantage consacré cette... interprétation. En effet, aucune de ses décisions n'a, jusqu'à présent, fait prévaloir un principe constitutionnel de 1958 ou de 1946 sur un principe contenu dans la Déclaration de 1789 » (*Ibid.*, p.336.).

24. François Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et des libertés du citoyen », in *Mélanges M. Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, p.572-573.

B. LES THESES POSANT UNE HIERARCHIE ENTRE LES DIFFERENTES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

Nous avons déjà remarqué qu'il y a un deuxième aspect de la hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité. Dans cet aspect, on établit une hiérarchie non pas entre les différents textes composant le bloc de constitutionnalité, mais entre les différentes dispositions de ces textes en fonction de leur contenu respectif.

La question de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles a été formulée par le doyen Georges Vedel avec un certain humour :

« il faut se demander si, dans l'ensemble des normes ayant leur source dans des textes constitutionnels, le juge constitutionnel n'admet pas une certaine hiérarchie, s'il n'y a pas pour lui des normes de premier rang et des normes de second ou troisième rang. Parodiant la boutade fameuse selon laquelle 'tous les hommes sont égaux, mais certains sont plus égaux que les autres' ne pourrait-on pas dire que 'toutes les règles écrites dans la Constitution sont constitutionnelles, mais certaines le sont plus que les autres' »²⁵ ?

Certains auteurs donnent une réponse affirmative à cette question. Pour eux, il y a une certaine hiérarchie au sein des normes constitutionnelles. Ils estiment que les dispositions de la constitution sont d'une valeur différente. Certaines normes que l'on juge essentielles en fonction de leur contenu sont supérieures aux autres.

Ainsi selon cette thèse, les dispositions auxquelles on attribue le premier rang dans la hiérarchie constituent des limites à la révision constitutionnelle. En d'autres termes, selon ces auteurs, comme le remarque le doyen Vedel, « il y a dans la constitution des principes tellement fondamentaux qu'ils sont même à l'abri d'un futur pouvoir constituant »²⁶. Au plan matériel, selon eux, il existerait des dispositions qui, en raison de leur importance, seront soustraites de toute révision constitutionnelle. Par conséquent ces principes seraient intangibles non seulement à l'égard du pouvoir législatif, mais même à l'égard du pouvoir constituant.

Ainsi dans la doctrine française, certains auteurs pensent que les dispositions de la constitution concernant le noyau dur des droits fondamentaux ont une valeur supérieure par rapport aux autres (1). Par contre d'autres estiment que ce sont les dispositions de la constitution touchant à la souveraineté nationale qui prévalent sur d'autres (2)²⁷.

1. La thèse de la supériorité des dispositions constitutionnelles concernant le noyau dur des droits fondamentaux (la thèse de l'existence des droits fondamentaux de « premier rang »)

25. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.83.

26. Georges Vedel, « Introduction », in *La Constitution et l'Europe*, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Paris, Montchrestien, 1992, p.30.

27. Il est évident que théoriquement on peut aussi juger essentielles les autres dispositions de la constitution. Par exemple on peut estimer que les dispositions de la constitution qui déterminent les caractéristiques de l'Etat ont une valeur supérieure par rapport aux autres.

Il y a des auteurs qui pensent que la valeur des droits fondamentaux n'est pas la même. « Certains droits sont 'plus fondamentaux' que d'autres »²⁸. Ainsi, pour eux, il y a des droits fondamentaux de premier rang, de deuxième rang, etc. Et par voie de conséquence, ils établissent une hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang et les autres. C'est pourquoi, selon eux, en cas de conflit, les dispositions constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang doivent l'emporter sur d'autres. Ainsi, la norme posée par une loi de révision constitutionnelle ne doit pas être contraire à une norme des droits fondamentaux de premier rang. Dans cette conception, les normes constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang constituent une limite à la révision constitutionnelle.

Ainsi selon certains auteurs, le Conseil constitutionnel admet dans sa jurisprudence une *hiérarchie matérielle* des droits fondamentaux. Ces auteurs considèrent que le Conseil constitutionnel assure une protection et une garantie différente des droits fondamentaux en fonction de leur contenu.

Par exemple, Bruno Genevois pense que le Conseil constitutionnel établit « une *hiérarchie matérielle des droits garantis* »²⁹. Selon cet auteur, « les droits énoncés par la *Déclaration* ne sont pas tous garantis au même degré »³⁰. Il propose par ailleurs différents critères pour l'établissement d'une hiérarchie entre les droits fondamentaux : le « degré de précision considéré », le « point de savoir s'il comporte des exceptions ou des tempéraments », le « degré d'attachement de l'opinion dominante à son égard », « l'étendue du contrôle que le juge exerce sur les actes ou décisions qui le mettent en cause ou en oeuvre »³¹. En partant de ces critères, il croit que les libertés qui « apparaissent les mieux protégées sont la liberté individuelle, la liberté d'opinion et de conscience ainsi que la liberté de la presse »³². En effet comme l'observe le doyen Vedel, cela revient à dire que « certains principes ou droits seraient de premier rang pour le juge, tandis que d'autres seraient de second ou de troisième rang. De proche en proche on pourrait aboutir à une sorte de classement des libertés publiques en plusieurs catégories hiérarchisées »³³.

De même, Dominique Turpin pense qu'il y a, au-delà d'une hiérarchisation apparemment formelle, « une hiérarchisation en réalité matérielle »³⁴. Selon lui, « il n'y a pas en effet égalité de valeur entre les différentes dispositions de chacune des normes qui composent le bloc de constitutionnalité »³⁵. Il affirme que l'on ne doit pas ranger les dispositions de la Déclaration de 1789 dans une catégorie unique :

28. Selon la formulation de Henry Roussillon (*Le Conseil constitutionnel, op. cit.*, p.63). Il utilise cette formulation pour critiquer cette thèse.

29. F. Gazier, M. Gentot et B. Genevois, « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », *Etudes et documents - Conseil d'Etat*, n° 40, Rapport public, 1988, p.181.

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.61.

34. Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1986, p.86.

35. *Ibid.*

« certaines nécessitent en effet une mise en oeuvre législative et une conciliation entre elles selon les directives du Conseil constitutionnel, tandis que d'autres à savoir celles qui figurent aux articles 1 et 2, constituent le noyau dur au sujet desquelles la conception jus-naturaliste l'emporte toujours sur le volontarisme d'une majorité parlementaire éphémère. Une hiérarchie peut donc en cacher une autre et on aboutit ainsi à un édifice normatif de référence à deux étages : à la base se situe le noyau des 'droits naturels et imprescriptibles de l'homme' dont la conservation reste 'le but de toute association politique'... Dès lors, apparaît une triple série de rapports entre les normes du bloc de constitutionnalité : entre celles proclamant des 'droits naturels' aucune antinomie n'est concevable, car elles sont les différents aspects de la même notion de liberté et de dignité de la personne humaine qui sous-entend et soutient toute notre construction juridique, et donc aucune hiérarchie... ; entre les réalisations possibles de ces normes fondamentales les constructions sont inévitables mais surmontables par une législation... ; entre les premières et les seconds enfin existe une hiérarchie que le Conseil constitutionnel s'applique à faire très scrupuleusement respecter »³⁶.

Stéphane Rials pense également qu'« il serait plus expédient de consacrer la suprématie de la liberté - et donc de l'article 2 de la Déclaration de 1789 - sur les autres principes constitutionnels »³⁷.

Quant à Louis Favoreu, il n'accepte pas qu'il y ait une hiérarchie formelle entre la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et la Constitution de 1958. Cependant il se demande « s'il ne faut pas distinguer entre les divers droits et libertés quant à la protection qui leur est assurée par le juge constitutionnel »³⁸. Il propose ainsi de distinguer « entre les *libertés de premier* et de *second rang* »³⁹. Et il place la liberté individuelle et des libertés d'association, de la presse (écrite) et de l'enseignement au premier rang⁴⁰. Car selon lui, ces quatre libertés « bénéficient d'une protection renforcée sur trois points »⁴¹ : « pour ces libertés, tout d'abord, la technique de l'autorisation préalable ne peut être institué par le législateur »⁴². En deuxième lieu, s'agissant de ces libertés, le législateur « ne peut intervenir que pour augmenter ou renforcer la protection qui leur est assurée »⁴³. Enfin, « ces libertés doivent faire l'objet d'une application uniforme sur l'ensemble du territoire »⁴⁴.

Ainsi nous venons de voir les thèses des différents auteurs qui font une distinction entre les libertés de premier et second rang. On pourrait se demander s'il s'agit vraiment d'une hiérarchie « juridique ». Car, parmi ces auteurs, certains,

36. *Ibid.*, p.86-87.

37. Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution... », *op. cit.*, p.604.

38. Louis Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in Dominique Rousseau et Frédéric Sudre (sous la direction de -), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque de Montpellier des 20 - 21 janvier 1989, Paris, Editions S.T.H., 1990, p.37.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*

comme Louis Favoreu⁴⁵ ou comme Bruno Genevois⁴⁶, refusent catégoriquement l'existence d'une hiérarchie entre les composantes du bloc de constitutionnalité. C'est pourquoi, cette hiérarchie est appelée par Bruno Genevois « matérielle » à la différence de la « hiérarchie formelle »⁴⁷. Et Louis Favoreu, en précisant que « ce n'est pas une véritable hiérarchie, même si on l'appelle matérielle »⁴⁸, parle seulement des « libertés de premier rang » et des « libertés de second rang »⁴⁹. Mais, à notre avis, même si ces auteurs n'affirment pas toujours l'existence d'une hiérarchie formelle entre les normes constitutionnelles, la conséquence de cette thèse revient à la même chose. Car, comme le remarque à juste titre le doyen Vedel, « de proche en proche on pourrait aboutir à une sorte de classement des libertés publiques en plusieurs catégories hiérarchisées »⁵⁰.

En effet ce qui est déterminant pour nous, c'est le fait que les droits fondamentaux de premier rang l'emporteraient sur d'autres en cas de conflit entre les droits fondamentaux de premier rang et d'autres, selon la logique de cette thèse. Ainsi, dans le cas où le pouvoir de révision constitutionnelle pose une norme contraire à un droit fondamental de premier rang, le juge constitutionnel sera tenu de donner la préférence à ce dernier. Il est évident que ceci revient à un effet équivalent à celui des thèses posant une hiérarchie formelle entre les normes constitutionnelles. Bref, dans cette conception, les droits fondamentaux de premier rang constitueraient des limites à la révision constitutionnelle. En conséquence,

45. En ce qui concerne la décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982 (*Nationalisations*), les professeurs Louis Favoreu et Loïc Philip affirment qu'« il semblerait qu'il y ait donc là un début de hiérarchie entre les principes particulièrement nécessaires à notre temps » (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.482). Ils ajoutent que « toutefois, rien n'est venu par la suite confirmer cette interprétation » (*Ibid.*). D'ailleurs Louis Favoreu l'affirme en 1989 catégoriquement : « Déclaration des droits de l'homme, Préambule de 1946 et Constitution de 1958 sont placés à égalité... : il n'y a pas de hiérarchie entre eux » (Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.37). Dans un colloque consacré à la Déclaration de 1789, le doyen Favoreu l'affirme encore plus clairement : « J'avais soutenu simplement qu'il y avait deux types de protection, une protection forte et une protection atténuée. je n'institue pas une hiérarchie, mais je constate simplement qu'il y a effectivement deux types de droit, du point de vue du degré de protection dont ils bénéficieront. Je suis d'accord avec vous..., pour dire que ce n'est pas une véritable hiérarchie, même si on l'appelle matérielle » (L'intervention orale de Louis Favoreu au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989., p.69.

46. « Au regard de la hiérarchie des normes juridiques tous les principes de valeur constitutionnelle se situent au même niveau » (Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.197.).

47. Gazier, Gentot et Genevois, « La marque des idées et des principes de 1789... », *op. cit.*, p.181. Même Bruno Genevois précise qu'il n'est pas « spécialement attaché au terme de hiérarchie matérielle » (L'intervention orale de Bruno Genevois au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.66). Cependant Bruno Genevois ne laisse pas cette idée de hiérarchie. Dans la même intervention, il parle de « notion de hiérarchie de fait » au sein de droits et libertés (*Ibid.*).

48. L'intervention orale de Louis Favoreu au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, *op. cit.*, p.69.

49. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.37.

50. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.61.

dans la pratique, les droits fondamentaux de premier rang seraient pratiquement hors d'atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle.

Cette conséquence peut être trouvée d'une façon plus claire dans l'affirmation de *Robert Badinter* selon laquelle « il y a, dans nos systèmes constitutionnels, *des libertés intangibles que le constituant ne pourrait supprimer*. Seraient seuls modifiables les droits qui n'appartient pas à ce noyau sacré »⁵¹. En allant encore plus loin, *Maryse Baudrez* a récemment prétendu que « *par nature*, en effet, toute disposition constitutionnelle relative aux droits de l'Homme ne peut être, *par essence*, 'révisée' »⁵².

2. La thèse de la supériorité des normes constitutionnelles relatives à la souveraineté nationale

Certains auteurs pensent que les dispositions de la constitution relatives à la souveraineté nationale ont une valeur supérieure par rapport aux autres. Par conséquent ces dispositions sont intangibles non seulement à l'égard du pouvoir législatif, mais encore du pouvoir de révision constitutionnelle.

Par exemple, *Léo Hamon* pense qu'il y a dans la Constitution « des principes fondamentaux sur lesquelles on ne peut pas revenir »⁵³. Et selon lui, la souveraineté nationale entre dans la catégorie de tels principes⁵⁴. Le professeur Hamon affirme qu'« un parlement supprimant la souveraineté nationale, ou la mutilant, agirait aussi gravement qu'un parlement prétendant établir des distinctions de droit entre les français selon leur religion, leur race, leur classe »⁵⁵.

Le professeur *Olivier Beaud*⁵⁶, d'une façon encore plus systématique, propose une hiérarchisation entre les normes de la Constitution en fonction du fait qu'elles

51. L'intervention de Robert Badinter au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.33. C'est nous qui soulignons.

52. Maryse Baudrez et Jean-Claude Escarras, « La révision de la Constitution italienne : doctrine et complexité des faits », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.141.

53. L'intervention orale de Léo Hamon au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in *La Constitution et l'Europe*, op. cit., p.222.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.* En ce sens voir encore les interventions orales de Nicole Catala au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in *La Constitution et l'Europe*, op. cit., p.218, 227-228

56. On se rappellera que nous avons déjà examiné plus haut une partie de la théorie d'Olivier Beaud sous le titre de « supraconstitutionnalité ». Comme nous l'avons déjà expliqué, à notre avis une partie de la théorie d'Olivier Beaud relève de la question de la supraconstitutionnalité proprement dite, car il limite le pouvoir de révision par le principe de l'inaliénabilité du pouvoir constituant [originaire], comme la forme moderne de l'inaliénabilité de la souveraineté, et ne résultant, tel qu'il est envisagé par le professeur Beaud, d'aucun texte juridique. Mais une autre partie de sa théorie doit être traitée, à notre sens, sous la question de la hiérarchie des normes constitutionnelles. Car, dans cette partie, comme on va le voir maintenant, Olivier Beaud établit une hiérarchie entre les dispositions de la Constitution.

touchent ou non à la souveraineté du peuple. Ainsi il attribue une place supérieure aux dispositions de la Constitution relatives à la souveraineté du peuple dans la hiérarchie des normes constitutionnelles⁵⁷. Par conséquent, ces dispositions deviennent intangibles à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle.

Tout d'abord Olivier Beaud critique la doctrine dominante selon laquelle « il ne saurait y avoir de primauté d'un article de la Constitution sur un autre, ou encore d'un 'principe' constitutionnel comme celui de la souveraineté sur une règle constitutionnelle »⁵⁸. Il estime que « selon un tel raisonnement, la souveraineté nationale... n'a pas plus de valeur juridique que n'importe quelle disposition constitutionnelle édictée en 'la forme de révision' »⁵⁹ ! Ensuite le professeur Beaud affirme que la souveraineté nationale est un « *élément intangible de la Constitution* »⁶⁰. Ainsi selon lui,

« les réserves de la souveraineté ne peuvent être levées par le pouvoir de révision constitutionnelle, mais seulement par le pouvoir constituant⁶¹ car seul un acte de souveraineté peut ici défaire un autre acte constituant. *Si la loi constitutionnelle de révision est impuissante à lever l'obstacle de la souveraineté nationale, c'est parce que celle-ci doit être interprétée comme faisant partie des dispositions intangibles de la Constitution française.* La souveraineté de l'Etat (impliquée par la souveraineté nationale) constitue une limitation autonome et tacite tirée de l'interprétation raisonnable et systématique de la Constitution »⁶².

Ainsi selon le professeur Beaud,

« les réserves de souveraineté font partie des limitations matérielles qui imposent la loi de révision constitutionnelle. Parmi ces réserves figurent non seulement la souveraineté nationale, mais aussi la souveraineté de l'Etat (puissance publique) qui est sa précondition. La souveraineté de l'Etat fait donc partie de réserves de souveraineté, elle est donc un élément intangible de la Constitution française... en tant que tel, protégée contre une révision »⁶³.

De plus Olivier Beaud établit encore une hiérarchie entre les alinéas 2 et 3 de l'article 89 de la Constitution française. Selon lui, l'alinéa 2 prévoyant la procédure de référendum populaire pour la révision constitutionnelle est supérieur à l'alinéa 3 prévoyant la ratification parlementaire. Il estime que les matières touchant à la souveraineté ne peuvent pas être révisées par la procédure de ratification parlementaire, mais seulement par le référendum constituant⁶⁴.

57. Olivier Beaud pense qu'« il existe une hiérarchie matérielle au sein de la Constitution en vertu de laquelle le *principe de souveraineté prévaut sur toute autre disposition constitutionnelle qui y porte atteinte* » (Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1068).

58. *Ibid.*, p.1054.

59. *Ibid.*, p.1059.

60. *Ibid.*, p.1061.

61. Signalons que le professeur Beaud entend par le « pouvoir constituant » exclusivement le pouvoir constituant « originaire ». Voir *Ibid.*, p.1056 ; « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.15.

62. Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1061-1062.

63. *Ibid.*, p.1062.

64. *Ibid.*, p.1064.

Comme le précise Olivier Beaud lui-même, sa thèse a pour « effet juridique la reconnaissance d'une supériorité de certaines dispositions constitutionnelles sur d'autres »⁶⁵. Et selon lui, ces dispositions supérieures, comme on vient de le montrer, sont celles qui touchent à la souveraineté du peuple. Bref, les dispositions de la Constitution touchant à la souveraineté du peuple sont intangibles à l'égard du pouvoir de révision, par conséquent elles constituent des limites à la révision constitutionnelle.

§ 2. CRITIQUE

Avant de voir les critiques particulières adressées à ces thèses, il convient tout d'abord de faire quelques remarques préliminaires.

Premièrement, il est certain que pour résoudre le problème de la hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité, il faut d'abord préciser *ce qu'on entend par le terme de « hiérarchie »*.

On le sait que, dans la conception kelsénienne du droit, « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »⁶⁶. Et d'autres part, comme on l'a précédemment vu, dans cette conception, une norme est valable si elle a été créée conformément à une autre norme, plus précisément une norme supérieure⁶⁷. Ainsi chaque étage de la hiérarchie tire sa validité d'un étage supérieur de cette hiérarchie⁶⁸. En d'autres termes, selon Kelsen, une norme qui « n'est pas conforme à la norme qui règle sa création ne pourrait pas être considérée comme une norme valable »⁶⁹.

Le doyen Jean-Marie Auby constate que

« même si l'on n'admet pas les conceptions kelséniennes de la hiérarchie et les conséquences qu'y attache l'illustre auteur, il faut bien reconnaître l'existence en droit positif du phénomène. Les compétences normatives des autorités publiques varient selon leur place dans la hiérarchie des organes et il en résulte une certaine hiérarchie 'statique', un étagement des normes. Certaines normes peuvent être dites inférieures par rapport à d'autres en ce sens qu'elles ne sont pas valables si elles ne s'établissent pas dans un certain rapport (conformité, non contrariété, etc...) avec les autres ; certaines normes peuvent être dites supérieures par rapport à d'autres en ce sens qu'elles seront préférées par rapport à d'autres en ce sens qu'elles seront préférées s'il est impossible de les appliquer simultanément – de fait de leur contradiction – avec les autres. Ces situations d'infériorité ou de supériorité permettent de dégager dans un ordre juridique sinon une hiérarchie cohérente et continue, du moins des étagements hiérarchiques »⁷⁰.

65. *Ibid.*, p.1063.

66. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.299.

67. *Supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 2, C.

68. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.299.

69. *Ibid.*, p.355-356.

70. Jean-Marie Auby, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public : éléments de problématique », *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, Editions l'Hermès, 1980, p.23.

Suivant la conception kelsénienne, nous définissons la hiérarchie des normes comme *la relation de la validité entre elles*. Ainsi s'il y a une hiérarchie entre deux normes, cela signifie que la norme de degré inférieur tire sa validité de la norme de degré supérieur. En d'autres termes, la norme inférieure n'est pas valable si elle n'est pas conforme à la norme supérieure. Par conséquent, en cas de conflit entre deux normes, si elles sont de rang différent dans la hiérarchie, l'une d'elles est totalement préférée à l'autre, c'est-à-dire que la norme inférieure contraire à la norme supérieure sera invalidée par le juge. Par contre, si ces normes sont de même rang, le juge doit les concilier par l'interprétation⁷¹.

Ensuite pour ne pas tomber dans une fausse interprétation de ces thèses, il faut faire une distinction entre la « hiérarchie juridique proprement dite » et la « hiérarchie purement morale ou politique ».

La *hiérarchie juridique* est celle qui est définie par la relation de validité entre les normes hiérarchisées les unes par rapport aux autres. Nous l'avons expliquée dans les paragraphes précédents. C'est pourquoi nous n'y revenons pas.

Cependant on peut voir aussi une *hiérarchie purement morale ou politique* entre les normes constitutionnelles. Car, il est certain que, comme l'affirme le doyen Vedel, « toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ni la même dignité morale ou politique »⁷². Par exemple, à cet égard on peut dire que la disposition qui prohibe la censure de la presse (art.11 de la Déclaration de 1789) est plus « importante » que celle qui interdit le cumul de la fonction ministérielle et d'un mandat parlementaire (art.23 de la Constitution de 1958)⁷³.

Mais les thèses qu'on va critiquer ici ne se contentent pas de souligner les différences d'importance et de dignité morale ou politique qui existent entre les diverses normes constitutionnelles, mais en allant encore plus loin elles affirment qu'il existe une hiérarchie juridique entre ces normes. C'est-à-dire que selon les défenseurs de ces thèses, en cas de conflit, les normes constitutionnelles de rang supérieur doivent l'emporter sur d'autres. Ainsi, une norme posée par une loi de révision constitutionnelle pour être valable doit être conforme aux normes constitutionnelles de premier rang. En d'autres termes si la norme posée par le pouvoir de révision constitutionnelle est contraire aux normes de premier rang, elle n'est pas valable. Par conséquent ces normes constitutionnelles de premier rang constituent des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Bref, les thèses que nous allons critiquer ici ne posent pas seulement une *hiérarchie purement morale ou politique* entre telle ou telle disposition ou tel ou tel ensemble de dispositions du bloc de constitutionnalité, mais elles soutiennent aussi

71. Sur ce point voir Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.85 ; *Id.*, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.61 : « La hiérarchie des normes entraîne certains effets automatiques et notamment l'invalidation de la norme de degré inférieur dans le cas où elle est contraire à la norme de degré supérieur ».

72. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.84.

73. L'exemple est emprunté au doyen Vedel (« La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53).

l'existence d'une *hiérarchie juridique*. Ce que nous allons critiquer ici, c'est ce deuxième aspect de ces thèses.

A. LA CRITIQUE DES THESES POSANT UNE HIERARCHIE ENTRE LES TEXTES COMPOSANT LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITE

Nous allons d'abord évoquer la critique générale, et ensuite nous verrons les critiques particulières adressées à ces thèses.

1. La critique générale

D'abord il convient de noter que les thèses posant une hiérarchie dans le bloc de constitutionnalité *sont chargées d'arrière-pensées partisans*⁷⁴. Car, le débat sur l'existence d'une hiérarchie entre les composants du bloc de constitutionnalité (la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le Préambule de 1946 et inversement) s'est situé en France dans un contexte politique très précis. Comme le souligne Philippe Terneyre,

« ce débat juridique ne peut se comprendre que si on le replace dans son contexte politique très tendu de l'époque qui culmine avec l'arrivée au pouvoir, en mai 1981, d'une majorité formée de socialistes et de communistes. Pour les uns, il faut alors faire en sorte que la 'rupture (annoncée) avec le capitalisme' soit, sinon totalement empêchée juridiquement, du moins fortement tempérée, par la démonstration qu'en toute hypothèse, le système juridique français est prioritairement fondé sur des principes libéraux. Pour les autres au contraire, écartés du pouvoir pendant plus de vingt ans, il faut faire la preuve... mais que les principes politiques, économiques et sociaux définis dans le Préambule de 1946, sont plus particulièrement nécessaires à notre temps que ceux de 1789 »⁷⁵.

C'est pourquoi certains auteurs examinent les thèses de la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le Préambule de 1946 sous l'intitulé « les thèses 'libérales' » et celles de la supériorité du Préambule de 1946 sur la Déclaration de 1789 sous l'appellation « les thèses 'socialisantes' »⁷⁶.

A notre avis, il n'y a pas de hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité. Car, puisque nous avons défini la hiérarchie comme une relation de validité entre les différentes normes, s'il y a une hiérarchie entre les composants du bloc de constitutionnalité, ils doivent tirer leur validité les uns des autres. Or, comme on le sait, tous les composants du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire la Constitution proprement dite, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration de 1789, tirent leur validité d'un seul et unique acte : le référendum constituant de 1958. En d'autres termes, comme l'affirme le doyen Vedel, « aucune

74. Di Manno, *op. cit.*, p.151.

75. Philippe Terneyre, « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », in Pierre Bon (sous la coordination de-), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*, (Journées d'études des 9 et 10 novembre 1990, à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour), Paris, Economica, 1992, p.41.

76. Voir par exemple, Terneyre, *op. cit.*, p.38-41.

hiérarchie ne peut être établie entre ces textes du point de vue de la validité. Leur valeur résulte pour tous du vote au référendum constituant de 1958 qui leur a conféré un statut juridique égale »⁷⁷.

2. Les critiques particulières

Nous pouvons passer maintenant aux critiques particulières adressées à ces thèses.

a. La critique de la thèse de la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le Préambule de 1946

On se rappellera que le *premier argument* invoqué en faveur de cette thèse était fondé sur le caractère absolu et imprescriptible des droits proclamés par la Déclaration. Ainsi selon François Goguel les droits que la Déclaration proclame appartiennent à « l'homme en tant qu'il est homme. Ils sont absolus et imprescriptibles »⁷⁸. Comme le remarque Thierry Di Manno, cet argument revient en effet « à introduire le droit naturel dans notre système juridique en organisant une hiérarchie au sein du bloc de constitutionnalité au sommet de laquelle se situent des principes intangibles »⁷⁹. Nous avons déjà refusé de prendre en considération les arguments jusnaturalistes⁸⁰. C'est pourquoi nous excluons par hypothèse même cet argument.

Quant au deuxième argument qui se concentre sur le caractère *complémentaire* du préambule de la Constitution de 1946, comme le montre à juste titre le doyen Vedel,

« le fait que le Préambule de 1946 'confirme' et 'complète' la Déclaration de 1789 n'empêche pas que le constituant a énoncé de façon positive en quoi consistent ces compléments. Aucune autorité ne peut retrancher tel ou tel de ces compléments ou l'invalider. Ils sont ce qu'ils sont. Il peut se poser à leur sujet un problème d'interprétation, mais non pas de validité. Ce sont deux points de vue différents »⁸¹.

b. La critique de la thèse de la primauté du préambule de la Constitution de 1946 sur la Déclaration de 1789

En faveur de cette thèse, comme on s'en souviendra, deux arguments étaient avancés.

Le premier argument consistait en application de la règle *lex posterior derogat priori*. Ainsi, le Préambule de 1946, étant un texte plus récent, devait l'emporter sur

77. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.52.

78. Voir *supra*, A. 1. (Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, p.444).

79. Di Manno, *op. cit.*, p.149.

80. *Supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 2, C et sous-section 2.

81. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53.

la Déclaration de 1789, texte le plus ancien. Or, comme l'a bien montré le doyen Georges Vedel, la règle *lex posterior derogat priori* n'a pas lieu de jouer entre la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, puisque, même si,

« historiquement, la Déclaration de 1789 est évidemment antérieure au Préambule de 1946, juridiquement leur édicition en règles faisant partie intrinsèque de la Constitution de 1958 s'est faite simultanément et son effet dans le temps ne joue pas plus au profit de l'une que de l'autre »⁸².

Quant au deuxième argument qui a été invoqué par François Luchaire selon lequel « les principes particulièrement nécessaires à notre temps doivent l'emporter sur des principes venant d'autres temps »⁸³, le doyen Vedel a montré que

« le constituant a bien pu estimer que les principes posés par le Préambule étaient 'particulièrement nécessaires à notre temps'. Mais il a laissé subsister le texte de 1789 dans son intégrité et aucune autorité ne peut opérer, au nom d'une hiérarchie sans fondement positif, de retranchement traduisant une invalidation partielle de la Déclaration »⁸⁴.

Enfin il convient de noter que les thèses posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité n'ont jamais été entérinées par le juge constitutionnel. Comme le remarque le doyen Louis Favoreu « la controverse a été tranchée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 16 janvier 1982 : Déclaration des droits de l'homme, Préambule de 1946 et Constitution de 1958 sont placés à égalité puisqu'ils ont été confirmés ou adoptés par le peuple français par le référendum du 28 septembre 1958 : il n'y a pas de hiérarchie entre eux »⁸⁵. Cette analyse est soutenue aussi par le doyen Vedel. En ce qui concerne la même décision, il affirme que « ... la Déclaration garde toute sa force juridique. Mais rien dans la décision ne marque que cette force serait supérieure à celle des dispositions du Préambule de 1946. Les deux textes sont à égalité »⁸⁶. Mais surtout, la jurisprudence ultérieure du Conseil constitutionnel n'a jamais confirmé la thèse posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité⁸⁷.

82. *Ibid.* Le même argument se retrouve également chez les plusieurs auteurs. Voir par exemple Di Manno, *op. cit.*, p.152 ; Roussillon, *Le Conseil constitutionnel, op. cit.*, p.65 : « L'argument de l'âge des textes (1789-1946, essentiellement) n'a aucune valeur malgré l'évidence qu'on voudrait lui donner. En effet, ces deux textes ont exactement le même âge au plan juridique puisque leur date de naissance, dans notre système juridique actuel, est la même, le 4 octobre 1958, date de promulgation de notre Constitution ». Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p.112 : « Si les deux textes ont été élaborés à des dates évidemment différentes, ils ont été repris ensemble dans le Préambule de la Constitution de 1958, approuvés ensemble par un vote du Peuple français lors du référendum du 28 septembre 1958 et ils ont reçu, à la même date, le 16 juillet 1971 valeur constitutionnelle ; ils doivent en conséquence être considérés comme deux textes contemporains, dans tous les sens du terme ».

83. La formulation appartient au doyen Vedel (« La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53).

84. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.53.

85. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.37.

86. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.57.

87. Terneyre, *op. cit.*, p.42 ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.482 ; Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p.198.

En conclusion on peut donc affirmer, avec le doyen Georges Vedel, que

« la Déclaration et le Préambule de 1946 ont, en droit constitutionnel positif, une valeur exactement égale à celle des autres dispositions de la Constitution. En cas de conflit, il y aura lieu à interprétation des règles, non pas à classement hiérarchique entre elles. Toute affirmation conduirait à construire de toutes pièces et hors de Référence a toute u droit positif... une théorie... arbitraire et purement subjective »⁸⁸.

B. LA CRITIQUE DES THESEES POSANT UNE HIERARCHIE ENTRE LES DIFFERENTES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

Conformément au plan suivi sous l'intitulé A, nous allons d'abord voir la critique générale, et ensuite les critiques particulières adressées aux thèses posant une hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles.

1. La critique générale

Nous pouvons affirmer que la critique générale adressée aux thèses posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité peut être adressée aussi aux thèses posant une hiérarchie entre les différentes normes faisant partie de ces textes. Ainsi, on peut souligner que s'il y a une hiérarchie entre les différentes normes constitutionnelles, elles doivent tirer leur validité les unes des autres. Or, comme on le sait, toutes les normes à valeur constitutionnelle tirent leur validité d'un seul et unique acte : le référendum constituant de 1958. En d'autres termes, aucune hiérarchie ne peut être établie entre les différentes normes à valeur constitutionnelle du point de vue de leur validité. Toutes les normes constitutionnelles sont édictées par le même vote et peuvent être modifiées ou abrogées selon la même procédure de révision. Par conséquent elles ne diffèrent les unes des autres ni en validité ni en force juridique⁸⁹. Autrement dit, comme le doyen Vedel l'affirme, « la révision de telle disposition que l'on peut juger essentielle n'exige pas une procédure différente de celle qui présiderait à la retouche de telle autre disposition de caractère anodin »⁹⁰.

2. Les critiques particulières

Maintenant nous pouvons passer aux critiques particulières adressées à ces thèses.

a. La critique de la thèse de la supériorité des dispositions constitutionnelles concernant le noyau dur des droits fondamentaux (la thèse de l'existence des droits fondamentaux de premier rang)

D'abord il convient de noter que le débat sur la hiérarchie entre les droits fondamentaux est en effet une prolongation du débat sur la hiérarchie entre la Déclara-

88. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.54.

89. *Ibid.*

90. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.84.

tion de 1789 et le Préambule de 1946. Ce débat, en s'exacerbant par les ambiguïtés de la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations⁹¹, s'est transformé en celui sur la hiérarchie entre les droits fondamentaux⁹².

On se rappellera que selon certains auteurs, il y a une hiérarchie entre les droits fondamentaux en fonction de leur contenu. Ainsi pour eux, il y a les libertés de premier et de second rang. Et en cas de conflit, les dispositions constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang doivent l'emporter sur d'autres. Par conséquent, une norme posée par une loi de révision constitutionnelle ne doit pas être contraire à une norme des droits fondamentaux de premier rang. Dans cette conception, les normes constitutionnelles concernant les droits fondamentaux de premier rang constituent des limites à la révision constitutionnelle. En d'autres termes, dans cette conception, les droits fondamentaux de premier rang seront hors de l'atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle.

Nous avons déjà constaté que, même si parmi les tenants de cette thèse, certains auteurs n'affirment pas toujours l'existence d'une hiérarchie *formelle* entre les composants du bloc de constitutionnalité, la conséquence de cette thèse de la hiérarchie matérielle n'est pas en effet autre chose que l'établissement d'une hiérarchie juridique proprement dite. Car, cette thèse prétend dégager une conséquence juridique de cette hiérarchie matérielle : les droits fondamentaux échappent à toute tentative de révision constitutionnelle. D'ailleurs Dominique Rousseau montre que « derrière l'apparence d'une hiérarchie strictement matérielle, cette théorie introduit ou réintroduit une distinction d'ordre formel. En effet, les différents classements... reviennent à reconnaître une primauté aux principes ou à certaines droits issus de la Déclaration de 1789 sur ceux du Préambule de 1946 toujours seconds »⁹³.

Il convient de noter qu'une telle hiérarchisation impliquera nécessairement une conception matérielle de la constitution. Or comme on l'a déjà expliqué dans le titre préliminaire, en droit français c'est la conception formelle qui est retenue. Et dans cette conception, ce qui compte, c'est la forme, et non pas le contenu des dispositions. Ainsi toutes les dispositions de la constitution ont la même valeur juridique en tant que règles contenues dans le même texte. Ainsi la révision d'une disposition concernant une liberté de premier rang n'exige pas une procédure différente de celle qui règle une liberté de deuxième rang.

Jean-Yves Chérot critique la notion de hiérarchie matérielle introduite par Bruno Genevois en disant que

« la différence de protection accordée par le juge aux droits à valeur constitutionnelle tient seulement aux différences dans le contenu des normes constitutionnelles garantissant ces droits et libertés. Le fait que les libertés soient protégées par la Constitution ne signifie pas nécessairement qu'elles soient toutes également protégées. Une hiérarchie entre droits et libertés selon le degré de protection qu'ils reçoivent n'équivaut donc pas à une

91. C.C., n°81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations*, *Rec.*, p.18.

92. Cf. Terneyre, *op. cit.*, p.41.

93. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.112.

hiérarchie entre normes constitutionnelles. Nous ne sommes pas en présence d'une hiérarchie (matérielle) entre normes de même niveau dans la hiérarchie formelle, mais d'une différence de niveau, dans la hiérarchie formelle, des normes de protection. Par exemple, le principe d'interdiction d'un régime d'autorisation préalable dans l'aménagement d'un droit a valeur constitutionnelle en matière de liberté de la presse et valeur législative en matière de propriété ou de liberté d'entreprendre »⁹⁴.

S'il y a un conflit entre les droits fondamentaux, comme le souligne le doyen Vedel, il y aura lieu de les concilier, et non d'établir un classement hiérarchique entre eux⁹⁵.

D'ailleurs il est intéressant de constater que les partisans de cette thèse ne sont pas d'accord sur la liste des droits fondamentaux de premier rang. Comme le remarque à juste titre Dominique Rousseau,

« pour être scientifique cette théorie devrait d'abord conduire ses partisans à un accord sur la liste des droits plus protégés que d'autres. Or chacun possède son propre classement : Bruno Genevois met au sommet de la hiérarchie, la liberté individuelle, la liberté d'opinion et de conscience, et la liberté de presse⁹⁶ ; Louis Favoreu retranche la liberté d'opinion et de conscience mais ajoute la liberté d'association et la liberté de l'enseignement⁹⁷ ; Dominique Turpin, pour sa part, y place l'ensemble des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme, la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression⁹⁸. Les désaccords sur les matières bénéficiant d'une garantie constitutionnelle particulière sont préjudiciables à la qualité et à l'autorité de la théorie, en ce qu'ils donnent clairement à voir la part de la subjectivité qui permet entrer dans sa construction »⁹⁹.

Enfin cette thèse n'a jamais été confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le doyen Georges Vedel montre qu'en cas de conflit entre les droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel essaye de les concilier pour trouver le meilleur équilibre possible¹⁰⁰. En d'autres termes, « dans les conflits entre les droits, libertés, principes, objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil ne sacrifie jamais totalement l'un ou plusieurs d'entre eux à l'un ou à plusieurs des autres, ce qui normalement devrait être fait s'ils étaient d'un rang différent »¹⁰¹. « C'est donc, comme le remarque le doyen Vedel, par une lecture peu imaginative

94. L'intervention orale de Jean-Yves Chérot au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.71.

95. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.54, 57-61 ; ID, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.85.

96. Voir *supra*, § 1, A, 2, Gazier, Gentot et Genevois, « La marque des idées et des principes de 1789... » *op. cit.*, p.181.

97. Voir *supra*, § 1, B, 1. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.37.

98. Voir *supra*, § 1, B, 1. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.86-87.

99. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.112.

100. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.85.

101. *Ibid.*

de la jurisprudence constitutionnelle que l'on décèlerait... l'admission... d'une hiérarchie juridique au sein des normes constitutionnelles »¹⁰².

b. La critique de la thèse de la supériorité des normes constitutionnelles relatives à la souveraineté nationale

Tout d'abord il convient de souligner que cette thèse posant une hiérarchie entre les dispositions de la Constitution en fonction du fait qu'elles touchent ou non à la souveraineté a été avancée en 1992 lors du débat sur la ratification du traité de Maastricht et de la révision de la Constitution en vue de lever la contrariété dudit traité à la Constitution. Le but était de montrer que le principe de souveraineté nationale était hors d'atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle et ainsi d'empêcher la révision de la Constitution.

Comme on s'en souviendra, selon les défenseurs de cette thèse, les dispositions de la constitution relatives à la souveraineté nationale ont une valeur supérieure par rapport aux autres. Par conséquent ces dispositions sont intangibles non seulement à l'égard du pouvoir législatif, mais aussi à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle.

Les critiques adressées aux autres thèses citées ci-dessus peuvent être adressées aussi à celle-ci. Sans les répéter, on peut dire que le principe de la souveraineté nationale est un principe à valeur constitutionnelle. Sa valeur résulte de l'article 3 de la Constitution. Et dans la conception formelle de la Constitution un article de la Constitution ne peut pas avoir une valeur supérieure sur d'autres articles de la même Constitution. Par conséquent il peut être révisé comme tous les autres articles de la Constitution par le pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi l'article qui règle la souveraineté nationale n'est pas un élément intangible de la Constitution et ne constitue pas une limite à la révision constitutionnelle.

Enfin notons que la thèse selon laquelle le principe de la souveraineté nationale (art.3 de la Constitution de 1958 et art.3 de la Déclaration de 1789) est supérieur à d'autres dispositions constitutionnelles et par conséquent intangible à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle, *a été catégoriquement démentie par la pratique constitutionnelle française*. Car, les articles 88-2 et 88-3 de la constitution ajoutés par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 dérogent effectivement l'article 3 de la Constitution qui règle le principe de la souveraineté nationale. Et le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 septembre 1992 a confirmé cette dérogation. En effet le Conseil constitutionnel dans cette décision, « en ce qui concerne le moyen tiré de ce que le Traité n'est pas conforme à l'article 3 de la Constitution », a affirmé que

« sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16, et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respecte des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles 'la forme républicaine du

102. *Ibid.*, p.86. Voir encore du même auteur, « La place de la Déclaration de 1789... », *op. cit.*, p.57-61.

gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision', le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »¹⁰³.

Comme on le voit, le Conseil constitutionnel, comme les limitations s'imposant à l'exercice du pouvoir constituant (en l'espèce « dérivé »¹⁰⁴), mentionne les articles 7, 16, et 89, alinéas 4 et 5, mais non pas l'article 3 de la Constitution de 1958, ni l'article 3 de la Déclaration de 1789. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel ne considère pas le principe de la souveraineté nationale comme une limite à la révision constitutionnelle. Ainsi, le pouvoir de révision constitutionnelle peut abroger, modifier ou déroger l'article 3 de la Constitution qui règle la souveraineté nationale. C'est le rejet le plus clair de la thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut porter atteinte à la souveraineté nationale. Le Conseil constitutionnel marque ainsi qu'il n'y a aucune limite à la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle en dehors de celles qui résultent des articles 7, 16, 89, alinéa 4 et 5. Répétons encore une fois que parmi ces articles mentionnés ne figure ni l'article 3 de la Constitution de 1958, ni l'article 3 de la Déclaration de 1789.

En conclusion, une loi constitutionnelle adoptée par le pouvoir de révision constitutionnelle « se situe au même niveau que la Constitution qu'elle modifie ou complète. Toute contradiction apparente entre les diverses dispositions de la Constitution se résout au besoin par l'interprétation donnée de l'ensemble par le juge »¹⁰⁵.

UNE NOTE SUR LA QUESTION DE LA SUPERIORITE DES DISPOSITIONS INTANGIBLES DE LA CONSTITUTION

Avant de fermer ce débat sur la hiérarchie entre les normes constitutionnelles, il nous semble nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si les dispositions intangibles de la constitution occupent un rang supérieur dans la hiérarchie¹⁰⁶. Car,

103. C.C., n°92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, 19e considérant, *Journal officiel*, 3 septembre 1992, p.12096.

104. Voir *infra*, Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B.

105. Bruno Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée : à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 », *Revue française de droit administratif*, 1992, p.946.

106. Il faut noter que l'examen des dispositions intangibles de la constitution, en tant que des limites à la révision constitutionnelle, relève en effet de la question de la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle prévues par la constitution elle-même. Parce qu'elles sont inscrites expressément dans les textes constitutionnels. Par conséquent cette question devait être traitée tout normalement dans le chapitre précédent qui était consacré aux limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels, non pas dans ce chapitre où l'on traite la question de l'existence des limites à la révision constitutionnelle autres que celles prévues par la constitution. Puisque nous n'avons pas abordé la question de savoir si les dispositions intangibles sont supérieu-

comme on l'a déjà vu, plusieurs constitutions prévoient que telle ou telle disposition de la constitution est exclue de toute révision constitutionnelle. Par exemple, selon l'article 89, alinéa 5, de la Constitution française « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision » ou d'après l'article 79, alinéa 3, de la Constitution allemande la révision des articles 1 et 20 est interdite. Dès lors on pourrait se demander légitimement si les dispositions dont la révision est interdite n'ont pas une valeur supérieure aux autres dispositions de la constitution. Par exemple, en France, la forme républicaine du gouvernement et en Allemagne les articles 1 et 20 ne sont-ils pas supérieurs aux autres dispositions de la Constitution ?

Certains auteurs répondent à cette question par l'affirmative. En effet, les auteurs qui posent une hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles en fonction de leur contenu, sont *a priori* favorables à l'existence d'une hiérarchie entre les dispositions intangibles et d'autres dispositions de la constitution. Car, c'est la constitution elle-même qui prévoit que ces dispositions sont exclues de révision constitutionnelle. Ainsi selon ces auteurs, les constitutions attribuent une valeur supérieure à ces dispositions par rapport à d'autres. Dans la doctrine, on parle de « hiérarchie formelle » ou de « hiérarchisation positive »¹⁰⁷. Parce que, dans ce cas, ce sont les « normes écrites et expresses de la Constitution qui fondent une relation hiérarchique entre ses dispositions »¹⁰⁸. Ainsi comme on l'a déjà vu, selon l'arrêt n° 1146 de 1988 de la Cour constitutionnelle italienne, « la Constitution italienne comprend quelques *principes suprêmes* qui ne peuvent être renversés ou modifiés... »¹⁰⁹. Le professeur Massimo Luciani nous fait savoir qu'

« en ce qui concerne l'identification de ces *principes suprêmes*, la Cour affirme que sont visées... 'les principes que la Constitution elle-même prévoit explicitement comme limite absolue au pouvoir de révision constitutionnelle, comme la forme républicaine de gouvernement (art.139 de la Constitution)' »¹¹⁰.

Roman Herzog, président de la Cour constitutionnelle allemande, a abordé cette question dans la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes. Roman Herzog pense qu'

« il n'est pas nécessairement logique de tirer la supériorité d'une norme de son caractère intangible ; mais d'un autre côté on ne peut pas précisément exclure de l'interdiction d'une

res à d'autres dispositions de la constitution dans le chapitre précédent, il conviendra ici d'aborder brièvement cette question.

107. M. Rodriguez-Pinero y Bravo Ferrer et J. Leguina Villa (avec le concours de J. Garcia Roca et M. Sanchez Moron), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport espagnol présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduit par P. Bon), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.99-100.

108. *Ibid.*, p.100.

109. Cité par Massimo Luciani, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport italien présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), Traduction effectuée par Bruno Genevois, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.170.

110. *Ibid.*

révision l'idée que le constituant a conféré une importance spécifique à ces normes et de ce fait les a hissées à un rang particulier »¹¹¹.

Karl-Georg Zierlien, secrétaire générale de la Cour constitutionnelle allemande, a lui aussi abordé cette question. Selon Karl-Georg Zierlien,

« le fait qu'une norme est révisable ou non révisable ne constitue aucune réponse à la question de la hiérarchie des normes. Le fait d'être révisable est relatif à la flexibilité de l'ordre juridique. Même si une norme est révisable, tant qu'elle est en vigueur, elle bénéficie de même rang que les autres normes fondamentales dans la constitution »¹¹².

J. M. Cardoso Da Costa, président du Tribunal constitutionnel portugais, pense lui aussi que, sur l'exemple de l'article 288 de la Constitution portugaise, les dispositions intangibles de la Constitution ne constituent pas une hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Selon lui, « c'est le degré spécial de protection et de garantie ou l'efficacité juridique spéciale dont la Constitution revêt certaines de ses normes »¹¹³.

Pour résoudre ce problème nous partons encore de notre définition de la hiérarchie des normes. On se rappellera que nous avons défini la hiérarchie des normes par la relation de la validité entre ces normes. Ainsi il existe une hiérarchie entre deux normes, s'il y a une relation de validité juridique entre elles. Maintenant recherchons s'il y a une relation de la validité entre les dispositions intangibles et d'autres dispositions de la constitution. A notre avis, il n'existe pas de relation de validité entre ces dispositions. Car, les deux types de dispositions ont la même origine. Elles ne tirent pas leur validité les unes des autres. Par exemple la validité juridique de l'intangibilité de la forme républicaine et celle des autres dispositions de la Constitution française de 1958 résultent, toutes deux, du référendum constituant de 1958. De même, la validité des articles 1 et 20 ainsi que celle des autres articles de la Constitution allemande résulte du même acte constituant de 1949. En d'autres termes, les autres articles de la Constitution allemande ne tirent pas leur validité des articles 1 et 20. Bref pour nous les dispositions intangibles ne sont pas supérieures aux autres articles de la constitution. Car, nous avons défini la hiérarchie par la validité, et non pas par le caractère intangible d'une disposition.

111. Roman Herzog, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport allemand présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduction assurée par le service juridique du Conseil constitutionnel), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.20. R. Herzog ajoute que « la Cour constitutionnelle fédérale [allemande] ne s'est pas exprimée clairement sur cette question parce que celle-ci n'est pas d'actualité » (*Ibid.*).

112. L'intervention orale de Karl-Georg Zierlien à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), *Hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, Ankara, Editions de la Cour constitutionnelle turque, 1990, Tome V : Exposé et discussions, p.179.

113. J. M. Cardoso da Costa (avec la collaboration de J. Casalta Nabais), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport portugais présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.190.

En conclusion pour nous il n'existe en aucun cas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Par conséquent les limites à la révision constitutionnelle construites par la doctrine sur la base de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles ne constituent pas de limites à la révision constitutionnelle.

Maintenant nous pouvons passer à l'examen de la supraconstitutionnalité externe.

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 2

LA SUPRACONSTITUTIONNALITE EXTERNE : LA THESE DE LA SUPERIORITE DES NORMES DE DROIT INTERNATIONAL SUR LA CONSTITUTION

Comme on l'a expliqué au début de ce chapitre, la question qui se pose sous le thème de la supraconstitutionnalité externe est celle de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être soumises au respect des normes du droit international.

Selon certains auteurs les normes de droit international sont supérieures aux normes de droit interne, y compris sur celles de la constitution. Ainsi les normes constitutionnelles adoptées par le pouvoir de révision constitutionnelle¹ sont soumises au respect des normes de droit international. Par conséquent, les normes de droit international constituent des limites à la révision constitutionnelle.

Nous allons d'abord voir l'exposé, ensuite la critique de cette thèse.

1. En effet, la supériorité des normes de droit international peut être invoquée non seulement à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle mais aussi à l'égard du pouvoir constituant originaire. Dans cette hypothèse, l'argument le plus habituel invoqué en faveur de cette thèse est le *principe de la continuité de l'Etat*. Selon ce principe, l'intervention du pouvoir constituant originaire n'a aucun effet sur la responsabilité internationale de l'Etat. En d'autres termes, « lorsqu'un Etat s'engage à l'égard d'un autre Etat... cet engagement continuera à le lier quelles qu'aient pu être les modifications institutionnelles qui l'ont affecté (changements de gouvernements ou révolutions par exemple) » (Dominique Carreau, *Droit international*, Paris, Pédone, 3^e édition, 1991, p.356). C'est pourquoi un pouvoir constituant originaire qui a renversé un régime politique, ne peut pas refuser de se reconnaître lié par les engagements du régime renversé. Ainsi dans ce sens là, on peut affirmer que le pouvoir constituant originaire est lié par le droit international. Ici nous ne discutons que la supériorité des normes de droit international à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle. C'est pourquoi nous ne reprenons pas cet argument de la continuité de l'Etat.

§ 1. EXPOSE

En faveur de cette thèse plusieurs arguments sont invoqués. Nous excluons dès maintenant pour les raisons qu'on a expliquées plus haut² les arguments jusnaturalistes³. Nous allons donc voir ici seulement les *arguments soutenus par les positivistes*.

Tout d'abord, en faveur de la supériorité du droit international on peut invoquer un argument tiré de la logique juridique même. Comme l'a remarqué Michel Virally, la supériorité du droit international

« est inhérente à la définition même de ce droit et s'en déduit immédiatement. Tout ordre juridique confère aux destinataires de ses normes des droits et pouvoirs juridiques... ; il leur impose des obligations, qui les lient. Par là même, tout ordre juridique s'affirme supérieur à ses sujets, ou bien il n'est pas... Le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux Etats, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence »⁴.

C'est Hans Kelsen qui a expliqué de la façon la plus claire la thèse de la supériorité des normes du droit international sur les normes constitutionnelles. Selon Kelsen, « si l'on part de l'idée de la supériorité du droit international aux différents ordres étatiques..., le traité international apparaît comme un ordre juridique supérieur aux Etats contractants »⁵.

« De ce point de vue, dit-il, le traité a vis-à-vis de la loi et *même de la Constitution* une prééminence, en ce qu'il peut déroger à une loi ordinaire ou *constitutionnelle*, alors que l'inverse est impossible. D'après les règles du droit international, un traité ne peut perdre sa force obligatoire qu'en vertu d'un autre traité ou de certains autres faits déterminés par lui, mais non pas par un acte unilatéral de l'une des parties contractantes, notamment par une loi. Si une loi, *même une loi constitutionnelle*, contredit un traité, elle est irrégulière, à savoir contraire au droit international. Elle va immédiatement contre le traité, médiatement contre le principe *pacta sunt servanda* »⁶.

Ainsi, « le droit international, si l'on en suppose la primauté, peut constituer un mètre de la régularité de toutes les normes étatiques, *y compris la plus élevée d'entre elles, la Constitution* »⁷.

Le professeur Dominique Carreau note que la supériorité du droit international sur le droit interne est un principe intégralement reconnu au niveau internatio-

2. Voir ce titre, chapitre 1, section 1, sous-section 2, § 2, B, 1.

3. Par exemple voir Arné, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? », *op. cit.*, p.493.

4. Michel Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris Editions A. Pédone, 1964, p.497.

5. Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1928, p.211.

6. *Ibid.*, p.211-212. C'est nous qui soulignons.

7. *Ibid.*, p.212. C'est nous qui soulignons.

nal⁸. Ainsi l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 dispose qu'« une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Comme le souligne le professeur Carreau, « ce principe de supériorité signifie que le droit international... l'emporte sur l'ensemble du droit interne, qu'il s'agisse des normes *constitutionnelles*, législatives, réglementaires ou des décisions judiciaires »⁹.

Le principe de la supériorité des normes de droit international sur les lois constitutionnelles a été affirmé maintes fois *par la pratique arbitrale et judiciaire internationale*. En ce qui concerne la pratique arbitrale on peut citer *l'affaire du « Montijo »* (1875). Dans cette affaire la Colombie, en prétendant que les dispositions de sa Constitution l'empêchaient de respecter les termes d'un traité régulièrement conclu avec les Etats-Unis, a affirmé la supériorité de sa Constitution sur le droit international. La sentence arbitrale a condamné une telle conception et affirmé clairement qu'« un traité est supérieur à la Constitution »¹⁰. D'autre part, *l'affaire Georges Pinson* (1928) qui a opposé la France au Mexique a soulevé le problème du rapport entre un traité international et la Constitution mexicaine. L'arbitre a fait triompher le traité franco-mexicain sur la Constitution de ce dernier pays. Il a affirmé qu'« il est incontestable et incontesté que le droit international est supérieur au droit interne... Les dispositions nationales ne sont pas sans valeur pour les tribunaux internationaux, mais ils ne sont pas liés par elles »¹¹.

En ce qui concerne la pratique judiciaire on peut citer l'affaire relative au « *traitement des nationaux polonais à Dantzig* ». Dans cette affaire, la ville libre de Dantzig prétendait appliquer aux résidents polonais ses propres règles constitutionnelles au détriment du régime conventionnel auquel ils avaient droit. Dans son avis consultatif, la Cour permanente de justice internationale a refusé ce point de vue et affirmé le principe de la supériorité du droit international sur le droit constitutionnel local. Selon la Cour, « un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »¹².

Le principe de la primauté du *droit communautaire* sur les lois constitutionnelles nationales a été affirmé également par la Cour de justice des Communautés européennes. D'abord, dans l'affaire *Costa c. E.N.E.L.*, la Cour de Luxembourg a posé le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit des pays membres. La Cour a clairement affirmé que « le droit né du Traité ne pourrait... se

8. Dominique Carreau, *Droit international*, Paris, Pédone, 3^e édition, 1991, p.42. C'est nous qui soulignons.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, p.43.

11. Tribunal arbitral mixte France-Mexique, Arbitre Verzjil, *R.S.A.*, V., p.327, cité par Carreau, *op. cit.*, p.43. On peut citer aussi *l'affaire de l'« Alabama »* (1872) comme exemple du principe de la supériorité du droit international sur les lois constitutionnelles. Voir Carreau, *op. cit.*, p.43.

12. Avis du 4 février 1932, Série A/B n°44, p.24 cité par Carreau, *op. cit.*, p.44.

voir judiciairement opposer à *un texte interne quel qu'il soit*, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même... »¹³. Cela signifie que la primauté s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles, et même celles de niveau constitutionnel¹⁴. La Cour dans un premier temps a affirmé que des dispositions constitutionnelles internes ne sauraient être utilisées pour mettre en échec le droit communautaire et qu'une telle action serait « contraire à l'ordre public communautaire »¹⁵. Plus tard dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour a précisé que « les principes d'une structure constitutionnelle, ne (sauraient) affecter la validité d'un acte de la Communauté »¹⁶.

Dans le système de la *Convention européenne des droits de l'homme* aussi, on considère que « la Convention a la primauté sur tous les actes internes quelle que soit leur nature ou l'organe qui les a adoptés »¹⁷. Ainsi le doyen Louis Favoreu pense que « même les normes constitutionnelles doivent s'incliner devant les normes... européennes »¹⁸. De même Feyyaz Gölcüklü, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, estime que « le constituant ou le législateur national ne doit pas adopter des actes législatifs contenant des normes contraires à celles de la Convention »¹⁹. On envisage même que « les hypothèses où les prescriptions constitutionnelles seraient en contradiction avec la Convention »²⁰. Dans ces cas, la jurisprudence européenne est susceptible « d'entraîner des modifications du droit interne, fut-il constitutionnel »²¹. L'affaire *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande* illustre le conflit entre la Convention et une conjonction de la Cour suprême irlandaise, basée sur l'article 40, § 3, al.3 de la Constitution irlandaise reconnaissant le droit à la vie de l'enfant à naître. Dans cette affaire la Cour de Strasbourg a estimé disproportionné l'arrêt de la Cour suprême irlandaise interdisant en Irlande la libre communication et la libre réception d'information sur les

13. C.J.C.E., l'affaire 6-64 du 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, *Rec.*, 1964, p.1160. C'est nous qui soulignons.

14. Guy Isaac, *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 4^e édition, 1994, p.179. Voir également Carreau, *op. cit.*, p.44 ; Jean-Claude Gautron, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 6^e édition, 1994, p.145 ; Jean Boulouis, *Droit institutionnel des communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 4^e édition, 1993, p.249, 250.

15. C.J.C.E., l'affaire 9-65 du 22 juin 1965, *San Michele*, *Rec.*, 1965, p.37, cité par Isaac, *op. cit.*, p.179.

16. C.J.C.E., l'affaire 11-70 du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rec.*, p.1125. C'est nous qui soulignons.

17. Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p.246.

18. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.76.

19. Feyyaz Gölcüklü, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.299.

20. Gérard Cohen-Jonathan, Jean-François Flauss et Frédéric Sudre, « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, p.198.

21. *Ibid.*

cliniques pratiquant l'I.V.G. au Royaume-Uni²². Le doyen Louis Favoreu affirme que, dans cette affaire, « la Cour européenne des droits de l'homme a indirectement mais certainement mis en échec les dispositions de la Constitution irlandaise relatives à la prohibition de l'avortement, en s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme »²³. Ainsi le doyen Favoreu estime de manière générale que « toute loi constitutionnelle qui, par exemple, établirait des discriminations à raison de la race ou de la religion provoquerait de la part de la Cour de Strasbourg... une déclaration de non-conformité à la Convention européenne des droits de l'homme »²⁴.

Enfin, il faut noter qu'en dehors de quelques cas exceptionnels²⁵, tous les Etats reconnaissent formellement la supériorité du droit international et son caractère obligatoire²⁶.

En résumé, le principe de la supériorité du droit international sur le droit interne signifie que le droit international l'emporte non seulement sur les lois ordinaires mais encore sur les lois constitutionnelles. Ce principe est confirmé par la pratique arbitrale et judiciaire. Dès lors les lois constitutionnelles adoptées par le pouvoir de révision constitutionnelle²⁷ sont soumises au respect des normes de droit international.

§ 2. CRITIQUE

On peut observer qu'il y a principalement deux types d'arguments invoqués en faveur de cette thèse. Les *arguments théoriques* consistent à déduire la supériorité des normes de droit international sur les normes constitutionnelles à partir du principe de la primauté du droit international sur le droit interne. Quant aux *arguments pratiques*, ils tendent à montrer que ce principe est confirmé par le juge et l'arbitre international.

A notre avis ces arguments sont réfutables. Commençons d'abord par la réfutation des arguments théoriques.

22. C.E.D.H., Arrêt du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*, Voir Frédéric Sudre, « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, p.216-220.

23. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.77.

24. *Ibid.*

25. Dans l'histoire il n'est arrivé que très exceptionnellement que certains Etats nient l'existence du droit international : tel était le cas de l'U.R.S.S. dans les premières années qui suivent la révolution de 1917, ou de l'Italie fasciste et de l'Allemagne nazie (Carreau, *op. cit.*, p.55.).

26. Carreau, *op. cit.*, p.55.

27. Même par le pouvoir constituant *originnaire*, puisqu'il y a le principe de la continuité de l'Etat.

A. LA REFUTATION DES ARGUMENTS THEORIQUES

Il faut d'abord avouer que, au niveau théorique, cette thèse a une cohérence interne. Elle est conséquente avec ses principes de départ. La supériorité des normes de droit international sur celles de la constitution n'est qu'un corollaire du principe de la supériorité du droit international sur le droit interne. Si l'on accepte ce principe, il faudrait aussi logiquement accepter la supériorité du droit international sur les lois constitutionnelles. Car, les lois constitutionnelles font partie du droit interne, même si elles se trouvent à son sommet.

Cependant on peut préciser que le problème de la supériorité du droit international sur le droit interne ne se pose même pas si l'on admet la *doctrine dualiste*²⁸. Car, dans cette conception par hypothèse même, le droit interne et le droit international constituent deux systèmes *égaux, indépendants et séparés*²⁹.

Ainsi ce problème de la supériorité ne se pose que si l'on admet la *doctrine moniste*. Cependant les partisans du monisme divergent sur le rapport entre le droit international et le droit interne. Une partie de la doctrine moniste accepte la *primauté du droit interne*³⁰, l'autre partie *celle du droit international*³¹.

Alors quelle doctrine, de la supériorité du droit international ou de la supériorité du droit interne, est fondée ? Nous ne pouvons pas entrer dans ce débat qui dépasse largement le cadre limité de notre thèse. Notons seulement que Hans Kelsen, étant lui-même un tenant de la supériorité du droit international, accepte clairement l'égalité de ces deux doctrines. Selon lui, « la thèse de la primauté de l'ordre étatique est parfaitement légitime »³². Kelsen pense que « l'une et l'autre théorie n'étant jamais... que des hypothèses, ce n'est pas sur le même terrain de la science juridique elle-même que le choix peut se décider »³³.

Alors en ce qui concerne la réfutation des arguments *théoriques* invoqués en faveur de la thèse de la supériorité du droit international sur la constitution, on peut dire que cette thèse n'est fondée que si l'on raisonne dans la conception moniste avec la primauté du droit international. Par conséquent si l'on prend comme point de départ un autre postulat, la thèse de la supériorité des normes du droit international sur celles de la constitution nationale s'effondre. Et du point de vue théorique, comme on vient de le montrer, il n'y a pas d'obligation de partir du postulat de la primauté du droit international. Toutes les autres théories ont la même valeur

28. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 4^e édition, 1992, p.92.

29. Cette doctrine a été défendue surtout par Triepel et Anzilotti. Voir Charles Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, t.I, p.39.

30. Par exemple Zorn, Kaufmann, Wenzel et la conception soviétique avant la *perestroïka*. Voir Charles Rousseau, *op. cit.*, p.42-43.

31. Par exemple Kunz, Kelsen, Verdross, Scelle. Voir Charles Rousseau, *op. cit.*, p.43.

32. Hans Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1926, IV, p.313.

scientifique en tant qu'hypothèses. Ainsi sur le terrain de principe, on peut légitimement défendre la thèse de la supériorité des normes de la constitution nationale sur celles de droit international aussi bien que celle de la supériorité des normes de droit international sur la constitution.

B. LA REFUTATION DES ARGUMENTS PRATIQUES

Maintenant nous pouvons passer à la critique des arguments pratiques. Il est vrai que la pratique internationale arbitrale et judiciaire affirme la supériorité des normes de droit international sur toutes les normes du droit interne, y compris sur celles de la constitution. Cependant comme le remarque à juste titre Dominique Carreau, ce principe de supériorité du droit international doit être apprécié de façon exacte quant à ses implications. Le juge ou l'arbitre international affirme la supériorité du droit international, cependant, « ce faisant, il n'annule pas la norme interne contraire au droit international... mais il la déclare 'inopposable' au niveau international »³⁴.

Ainsi si le juge international constate une contrariété entre la norme interne et la norme internationale, il n'annule pas la première, il déclare la norme interne inopposable sur le plan international. La sanction est la responsabilité de l'Etat qui a édicté une telle norme³⁵.

Ce sont les principes classiques qui ont été confirmés par la pratique arbitrale et judiciaire générale, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ces principes classiques ont été confirmés d'abord par la pratique arbitrale et judiciaire générale. Par exemple, dans *l'affaire Georges Pinson* précitée, le *Tribunal arbitral* a constaté la contrariété des lois mexicaines au droit international, cependant le tribunal ne les a pas annulées. Il leur a dénié « seulement toute valeur au niveau international »³⁶. De même dans *l'affaire de la Haute-Silésie polonaise*, la *Cour permanente de justice internationale* a reconnu qu'il y avait une opposition entre la loi polonaise et la Convention germano-polonaise de Genève. Cependant la Cour n'a pas annulé la loi polonaise, mais l'a seulement déclarée « inopposable » à l'Allemagne. Ainsi la Pologne a vu sa responsabilité engagée³⁷.

Ces principes classiques sont réaffirmés également par la *Cour de justice des Communautés européennes*³⁸. Car, comme on le sait, « la Cour ne peut, comme dans un système fédéral..., annuler ou abroger les lois nationales ou les actes

33. *Ibid.* En ce sens encore voir encore Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.443-449.

34. Carreau, *op. cit.*, p.46-47.

35. *Ibid.*, p.47.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*, p.48.

38. *Ibid.*

administratifs condamnés »³⁹. Ainsi dans *l'affaire Humblet*, la Cour a estimé qu'elle n'avait pas de « compétence pour annuler des actes législatifs ou administratifs d'un des Etats membres » en cas de contrariété avec le droit communautaire⁴⁰. Dans *l'affaire Enka*, la Cour a réaffirmé qu'elle « n'est pas compétente ni pour interpréter les dispositions du droit international, ni pour se prononcer sur leur éventuelle compatibilité avec le droit communautaire »⁴¹.

Les mêmes principes valent aussi dans le système de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Selon l'article 50 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme « déclare » la compatibilité ou l'incompatibilité des mesures nationales avec la Convention et s'il y a lieu, elle peut accorder « à la partie lésée une satisfaction équitable »⁴². En d'autres termes les arrêts de la Cour ont un caractère *déclaratoire*⁴³. La Cour ne peut annuler la norme interne contraire à la Convention⁴⁴. Selon l'article 53 de la Convention, il appartient à l'Etat condamné de modifier la norme déclarée incompatible avec la Convention⁴⁵. Dans son arrêt *Marckx*, la Cour a affirmé que sa décision « ne saurait pas annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : *déclaratoire pour l'essentiel*, elle laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 »⁴⁶. Ainsi selon Feyyaz Gölcüklü, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, les arrêts de la Cour, « sont dépourvus de sanctions ; mais l'inobservation des décisions susdites contient tous les éléments en ce qui concerne la responsabilité des Etats sur le plan du droit international »⁴⁷.

39. Isaac, *op. cit.*, p.288.

40. C.J.C.E., l'affaire 6-60 du 16 décembre 1960, *Humblet, Rec.*, 1960, p.1145, cité par Carreau, *op. cit.*, p.48. Pour l'autorité et l'exécution des arrêts de la Cour voir Isaac, *op. cit.*, p.288-190.

41. C.J.C.E., l'affaire 38-77 du 23 novembre 1977, *Enka, Rec.*, 1977, p.2213, cité par Carreau, *op. cit.*, p.48.

42. Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, p.285 ; Yves Madiot, *Les droits de l'homme*, Paris, Masson, 1991, p.200.

43. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p.204 ; Madiot, *op. cit.*, p.200.

44. Sudre, *op. cit.*, p.285.

45. Madiot, *op. cit.*, p.200 ; Sudre, *op. cit.*, p.235. En effet selon l'art. 54, le Comité des ministres surveille l'exécution de l'arrêt. Cette surveillance se déroule en deux temps. « En premier lieu, le Comité des ministres 'invite' l'Etat à l'informer des mesures prises à la suite de l'arrêt... En second lieu, le Comité... 'constate' purement et simplement, sans apprécier si les mesures prises par l'Etat remédient effectivement la violation, qu'il a rempli les fonctions que lui confère l'article 54 » (Sudre, *op. cit.*, p.241).

46. C.E.D.H., Arrêt du 13 juin 1979, *Marckx*, Cour plénière, série A n°31, p.25, par. 58. De même la Cour se déclare incompétente pour annuler la décision incriminée. Voir Arrêt du 24 février 1983, *Dudgeon*, Série A, vol. 59, par. 15 ; C.E.D.H., Arrêt du 25 avril 1983, *Pakelli*, Chambre, série A n°64, voir Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 3^e édition, 1991, p.170.

47. Gölcüklü, *op. cit.*, p.301. Comme on l'a déjà noté, Feyyaz Gölcüklü estime que « le constituant ou le législateur national ne doit pas adopter des actes législatifs contenant des normes contraires à celles de la Convention », mais il ajoute qu'« il n'existe aucune sanction préventive pour

Comme on le voit dans ces affaires, la validité interne d'une norme juridique nationale ne coïncide pas toujours avec sa validité internationale. C'est pourquoi il convient de distinguer entre la *validité interne* et la *validité internationale* d'une norme juridique⁴⁸. Comme on l'a vu dans les affaires citées, lorsque les juges et les arbitres ont observé qu'une norme nationale est contraire au droit international, ils déclarent la norme « inopposable » au niveau international. Cette norme garde ainsi sa pleine validité interne tout en étant frappée d'invalidité internationale⁴⁹.

La sanction normale d'une contradiction de la norme interne au droit international est l'inopposabilité de cette norme au niveau international, et s'il y a lieu, l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat. Mais, l'Etat qui est l'auteur de la norme inopposable, « n'a pas nécessairement l'obligation de l'abroger ou de la modifier pour la rendre conforme à un droit international. Si sa responsabilité internationale devait être engagée, le paiement d'une indemnité suffira dans la plupart des cas à constituer une réparation adéquate. Dans une telle hypothèse, la norme nationale continuera à exister sur le plan interne tout en restant » inopposable au niveau international⁵⁰.

C'est pourquoi, il nous paraît impossible de partager l'affirmation du doyen Louis Favoreu selon laquelle « on peut envisager la question, sous l'angle du contrôle par un *juge international ou supranational*, de la conformité des normes constitutionnelles aux normes internationales ou supranationales »⁵¹. A notre avis, dire que « les dispositions constitutionnelles nationales ne sont pas à l'abri d'un contrôle supranational de supraconstitutionnalité »⁵², cela revient à nier la distinction entre la validité internationale et la validité interne d'une norme nationale.

une telle pratique. C'est une obligation morale pour les Etats contractants. Tout dépend de la soumission des Etats, de bonne foi et de leur propre gré, à l'effet direct des articles de la Convention ou de la jurisprudence des organes de Strasbourg » (*Ibid.*, p.209).

48. Carreau, *op. cit.*, p.47.

49. *Ibid.*, p.50. Kelsen, étant un tenant de la supériorité du droit international, remarque la même chose : « le droit international lui-même ne prononce pas la nullité des actes étatiques qui lui sont contraires et n'a pas encore élaboré une procédure par laquelle ces actes irréguliers pourraient être annulés par un tribunal international. Ils restent donc valables s'ils ne sont pas annulés au cours d'une procédure étatique » (Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *op. cit.*, p.212).

50. Carreau, *op. cit.*, p.51. Il faut cependant préciser qu'il existe « des cas où la modification de la norme interne au droit international s'impose de façon à assurer la supériorité du droit international et parce qu'il s'agit là du seul mode de réparation acceptable » (Carreau, *op. cit.*, p.51). Par exemple dans *l'affaire des ressortissants au Maroc* (1952) « le seul moyen pour la France de se conformer à l'arrêt de la Cour internationale de justice fut de modifier en conséquence » la réglementation des changes en question (Carreau, *op. cit.*, p.51-53). Enfin de tels cas sont très fréquents en droit communautaire. Comme on le sait, si la Cour de justice des Communautés européennes déclare qu'une norme nationale est incompatible avec le droit communautaire, l'Etat concerné devra prendre dans son ordre juridique interne toutes les mesures qui s'imposent pour mettre fin à ce conflit, y compris la modification ou l'abrogation de sa norme en question (*Ibid.*, p.52). Mais même dans ces exceptions, soulignons encore une fois que le juge international ne procède pas lui-même à l'invalidation de la norme interne. C'est pourquoi ces cas mettent pas en cause notre argumentation.

51. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.76.

52. *Ibid.*, p.77.

Enfin, il est vrai qu'en dehors de quelques cas exceptionnels, comme on l'a dit plus haut, tous les Etats reconnaissent formellement la supériorité du droit international et son caractère obligatoire. Mais puisque ce principe est reconnu par les Etats, on peut normalement attendre que les Etats placent le droit international au sommet de la hiérarchie des normes juridiques⁵³, c'est-à-dire au rang supraconstitutionnel. Or, comme le constate le professeur Dominique Carreau, « une telle solution, la seule logique, est loin d'être généralisée »⁵⁴. En effet, au plan technique, les constitutions déterminent la valeur juridique des traités internationaux par rapport aux textes internes. A notre connaissance, il n'y a aucune constitution qui accepte la valeur supraconstitutionnelle des traités⁵⁵. En général les constitutions attribuent aux traités la valeur d'une loi simple, ou une valeur supérieure à celle de la loi, mais inférieure à la constitution, comme l'article 55 de la Constitution française⁵⁶.

En conclusion, il est vrai que la pratique arbitrale et judiciaire confirme le principe de la supériorité des normes de droit international sur celles de la constitution nationale. Cependant, même selon cette pratique, la sanction de ce principe est l'inopposabilité de la norme interne au niveau international, et non pas l'invalidité interne de cette norme. En d'autres termes, le principe de supériorité n'affecte pas la validité interne des normes nationales contraires au droit international. Ces normes sont inopposables au niveau international, mais elles continuent à exister. Cela montre que la validité interne et la validité internationale ne coïncident pas.

53. Carreau, *op. cit.*, p.51.

54. *Ibid.*

55. Il faut signaler que l'article 63 de la Constitution du Royaume des Pays-Bas dans son texte de 1972, demeurant provisoirement en vigueur, à côté du texte du 17 janvier 1983, stipule que « lorsque l'évolution de l'ordre juridique international l'exige, il pourra être dérogé dans une convention aux dispositions de la Constitution » Pour le texte voir Henri Oberdorff (éd.), *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, Paris, La Documentation française, 1992, p.284.

56. Pour les différentes solutions de la valeur des normes de droit international sur les normes de droit interne voir les rapports nationaux présentés à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.15-215. Ainsi pour l'Allemagne voir Herzog, *op. cit.*, p.21-22 ; pour l'Autriche, Siegbert Morscher, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport autrichien présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduit par Ulrike Steinhorst), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.54-57 ; pour la Belgique, La Cour d'Arbitrage, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport belge présenté par la Cour d'Arbitrage à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.88 et Jacques Velu, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.236 ; pour l'Espagne, Rodriguez-Pinero y Bravo Ferrer et Leguina Villa, *op. cit.*, p.116-118 ; pour l'Italie, Luciani, *op. cit.*, p.166-168 ; pour le Portugal, Cardoso da Costa, *op. cit.*, p.190-192 ; pour la France Robert Badinter et Bruno Genevois, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », rapport français présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.148-152.

On se rappellera que nous avons défini la hiérarchie des normes par la relation de la validité entre ces normes. Puisqu'il y a une non-concordance entre la validité internationale et la validité interne, on ne peut pas logiquement établir de hiérarchie entre les normes de droit international et celles de droit interne. En d'autres termes, si une norme constitutionnelle est contraire à une norme de droit international, cette norme reste valable, même si elle n'est pas valable au niveau international. Ainsi, du point de vue notre travail, les normes de droit international ne constituent pas des limites à la révision constitutionnelle, parce qu'elles n'affectent pas la validité interne de la norme en question.

Toutefois on peut affirmer que les normes de droit international seront des limites à la révision constitutionnelle seulement le jour où la constitution nationale attribuera une valeur supraconstitutionnelle aux normes de droit international, et où la cour constitutionnelle du pays se déclarera compétente pour se prononcer sur la conformité des lois constitutionnelles aux normes de droit international. Cependant comme nous l'avons vu plus haut, les constitutions n'attribuent pas aux normes de droit international une valeur supraconstitutionnelle, et d'autre part, d'après notre connaissance, il n'y a aucune cour constitutionnelle qui se considère comme compétente pour contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux normes du droit international. Mais même si un jour une constitution attribue une valeur supraconstitutionnelle aux normes du droit international et si la cour constitutionnelle du pays se déclare compétente pour se prononcer sur la conformité des lois constitutionnelles aux normes de droit international, il s'agira ici d'une limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par le droit public de l'Etat, non par le droit international proprement dit.

Autrement dit tant que le juge international n'annule pas lui-même les normes internes contraires au droit international, toute sorte de limitation du pouvoir de révision constitutionnelle sera d'ordre interne. Ainsi, en dernière hypothèse, le jour où le juge international se déclarera compétent non seulement pour constater la contrariété d'une norme interne à une norme internationale, mais aussi pour annuler la norme interne, les normes de droit international constitueront les limites à la révision constitutionnelle. Mais ce jour là, on entrera dans une étape *fédérale* de l'organisation internationale. Et dans cette étape, c'est la question de la limitation *interne* du pouvoir de révision constitutionnelle qui se posera, et non pas celle de la limitation *internationale* de ce pouvoir.

C. LES CRITIQUES ADRESSEES A L'EXISTENCE MEME DU DROIT INTERNATIONAL

Avant de fermer ce débat sur la supériorité du droit international, on ne saurait oublier de signaler que l'existence même d'un véritable droit international est

contestée par de nombreux auteurs⁵⁷. Nous ne voulons pas ici entrer dans ce débat qui dépasse largement le cadre de notre thèse. Cependant il convient de préciser que même les auteurs qui acceptent l'existence d'un droit international ne nient pas le caractère « primitif » de ce droit.

Par exemple, selon Hans Kelsen, le droit international est un véritable droit, puisqu'il établit des actes de contraintes à titre de sanction⁵⁸. La sanction du droit international est la guerre⁵⁹, qui est un acte juridique, d'après Kelsen. Car, elle est soit un acte illicite, soit une réponse à cet acte illicite, c'est-à-dire une sanction. Ainsi si la guerre n'a pas le caractère de sanction, elle serait elle-même un délit, si elle a ce caractère, elle sera la guerre juste (*bellum justum*)⁶⁰. Par conséquent, dans la conception kelsénienne, le droit international est fondé sur la théorie de la guerre juste⁶¹. Cependant selon Kelsen, il est vrai que le droit international est un vrai droit, mais il « souffre incontestablement d'une imperfection technique »⁶². Le droit international « présente une certaine analogie avec le droit des sociétés primitives »⁶³. Car, le droit international « n'institue pas d'organe spécialisé pour la création et l'application de ses normes. Il se trouve encore en état de décentralisation extrêmement poussée »⁶⁴. Dans la société primitive, il n'y a pas de juges, c'est encore la personne lésée qui est autorisée par le droit à exécuter elle-même la peine contre le délinquant⁶⁵. De même dans l'ordre international, c'est « l'Etat lésé dans son droit, lui-même, qui est habilité à réagir contre le violateur du droit par un acte de contrainte institué par le droit international général par les représailles ou par la guerre »⁶⁶. Cependant selon Kelsen, cette « décentralisation extrêmement poussée » ne met pas en cause l'existence d'un véritable droit international. Car, entre le droit international et le droit étatique, « il n'existe qu'une différence de degré, et non pas de nature »⁶⁷.

57. Par exemple, Hobbes, Spinoza, Lasson, Lundstedt, Aron, Morgenthau, Gumpowicz, Austin, Binder, Somlo, etc. Voir Dinh, Daillier et Pellet, *op. cit.*, p.78-80 ; Jean Touscoz, *Droit international*, Paris, P.U.F., Thémis, 1993, p.53-55.

58. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.420-421.

59. *Ibid.*, p.421. Egalement voir Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.317 : « Il faut en principe interpréter la guerre, cette *ultima ratio* du droit international, de la même façon que la peine ou l'exécution en droit, comme la réaction du droit, comme la sanction que le droit international attache aux actes qu'il se propose de proscrire. Si l'on recherche une interprétation juridique de la guerre, il ne faut pas, contrairement à ce qu'on fait parfois, la considérer comme en procédé extra-juridique, mais un acte juridique ».

60. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.422.

61. Voir *Ibid.*, p.223.

62. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.318.

63. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.424.

64. *Ibid.*

65. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.318.

66. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.424.

67. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p.318.

Les difficultés de la théorie kelsénienne du droit international ont été mises en évidence récemment par Otto Pfersmann. Il constate que, d'une part, pour que l'ordre du droit international soit un « ordre juridique », conformément à la conception kelsénienne, il faut que cet ordre soit *sanctionné* et *grosso modo efficace*⁶⁸, et d'autre part, dans cette théorie, les sanctions (représailles et guerre) s'exercent contre ceux qui transgressent les normes du droit international sous la réserve d'un système largement décentralisé⁶⁹. Mais, d'après Otto Pfersmann cette réserve va au-delà d'un ajustement des paramètres internes, elle modifie « les données même du système. Il s'agit en effet de savoir si, dans le cas de la décentralisation extrême telle qu'elle est décrite ici, il est encore plausible de parler de système normatif »⁷⁰. Car, dans la conception de Kelsen, la guerre est soit un acte illicite soit une application de la sanction, et cependant dans un tel système décentralisé, comment on va déterminer s'il s'agit d'un délit ou d'une sanction⁷¹ ? Et, selon Otto Pfersmann, dans le cas de guerre, il n'est pas possible de dire qu'il y a transgression ou l'application de la sanction⁷². Car, c'est « l'Etat lésé lui-même qui est habilité à réagir contre l'Etat qui a violé le droit »⁷³. En d'autres termes, il n'y a pas de différence entre les destinataires et les producteurs du droit international. Or, « il faut qu'un écart soit possible et il faut que la plupart des destinataires se conforment dans un nombre significatif de cas aux producteurs sinon il ne sera pas possible de parler de droit, ni même de droit international »⁷⁴. Ainsi, Otto Pfersmann conclut qu'« ici, il ne s'agit plus d'un simple degré de décentralisation, mais bien d'un seuil conceptuel entre un ordre juridique (au sens même de Kelsen) et quelque chose qui ne l'est pas »⁷⁵.

Bref, on peut mettre en cause non seulement la supériorité du droit international, mais encore l'existence même de ce droit.

* * *

En conclusion, *premièrement* la question de la supériorité de droit international sur le droit interne ne se pose même pas si l'on admet la conception dualiste. Et même si l'on raisonne dans la conception moniste, la thèse de la supériorité des normes du droit international sur celles de la constitution nationale n'est pas fondée si l'on prend comme point de départ l'hypothèse de la primauté du droit interne. Et du point de vue théorique, comme on l'a montré, on n'est pas obligé de partir du postulat de la primauté du droit international. *Deuxièmement*, il y a une non-concordance entre la validité internationale et la validité interne d'une norme

68. Otto Pfersmann, « De la justice constitutionnelle à la justice internationale : Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, n°16, p.781.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, p.784, 787.

72. *Ibid.*, p.787.

73. *Ibid.*, p.788.

74. *Ibid.*, p.789.

75. *Ibid.*, p.787.

nationale. Une norme nationale continue à exister, même si elle est non opposable au niveau international. Parce que le juge international n'annule pas la norme interne contraire au droit international, il la déclare seulement inopposable sur le plan international. Nous avons défini la hiérarchie des normes par la relation de la validité entre ces normes. Puisque la validité internationale et la validité interne ne coïncident pas, on ne peut pas par définition établir de hiérarchie entre les normes de droit international et celles de droit interne. *Enfin*, on peut mettre en cause non seulement la supériorité du droit international, mais encore l'existence même de ce droit. Parce que l'ordre de droit international est tellement décentralisé qu'on ne peut pas savoir si la guerre constitue un acte illicite ou une application de la sanction.

Chapitre 2

LES THESES DEDUISANT DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE DE L'ESPRIT DE LA CONSTITUTION

Nous avons déjà noté que quand il s'agit de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, une partie de la doctrine du droit constitutionnel ne se contente pas d'énumérer les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution, mais allant encore plus loin, elle envisage d'autres limites susceptibles de s'imposer à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Par exemple, certains auteurs pensent que la constitution a un esprit et en déduisent des limites à la révision constitutionnelle. Ainsi, selon ces auteurs, le pouvoir de révision constitutionnelle est limité non seulement par les restrictions découlant d'une disposition constitutionnelle expresse, mais encore par les restrictions déduites de l'esprit même de la constitution. Dans la doctrine constitutionnelle, on appelle en général les dernières, les « limites implicites », les « limites tacites » ou les « limites immanentes »¹. Nous préférons les appeler les « limites déduites de l'esprit² de la constitution »³.

1. Il convient de noter que les expressions « les limites implicites » et « les limites tacites » sont trompeuses. Car, les adjectifs « implicites » ou « tacites » donnent l'illusion de croire que ces limites sont virtuellement contenues dans la constitution elle-même. Or ces limites dites « implicites » ou « tacites » non seulement ne sont pas formulées par les textes constitutionnels, mais encore elles ne peuvent pas être tirées de façon directe ou dérivée d'une disposition constitutionnelle. En d'autres termes ces limites ne trouvent pas leur fondement dans des textes constitutionnels. (L'adjectif « implicite » est défini par le dictionnaire *Petit Robert*, comme « qui est virtuellement contenu dans une proposition... sans être formellement exprimé, et peut en être tiré par déduction, induction »). Quant à l'adjectif « immanent », il fait appel à la « nature des choses ». On envisage même une distinction entre les limites *implicites* et *immanentes* (Voir Rigaux, *op. cit.*, p.105). C'est pourquoi nous préférons utiliser l'expression « les limites déduites de l'essence de la constitution ».

2. Selon le contexte nous utiliserons parfois le mot « essence » ou « substance » au lieu de celui d'« esprit ».

Nous allons d'abord expliquer ici les thèses déduisant des limites à la révision constitutionnelle de l'esprit de la constitution, ensuite nous allons essayer de les critiquer.

§ 1. EXPOSE

Selon une partie de la doctrine, la constitution n'est pas une simple technique du pouvoir. Elle a pour objet de réaliser une certaine philosophie politique. Ainsi les principes politico-philosophiques se trouvant à la base de la constitution forment son essence. Ces auteurs constatent que les dispositions de la constitution relatives à l'intangibilité du régime politique ont pour objet de protéger cette essence de la constitution contre toute atteinte du pouvoir de révision constitutionnelle. D'après eux, même si le texte de la constitution ne prévoit pas expressément l'intangibilité de cette essence, le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas mettre en cause ces principes fondamentaux formant l'essence de la constitution. Car, la modification de tels principes, autrement dit le changement de l'essence de la constitution, signifierait l'effondrement du système constitutionnel tout entier et sa substitution par un autre. Et selon ces auteurs, la modification de l'essence de la constitution par le pouvoir de révision constitutionnelle, tout en respectant la forme régulière de la révision constitutionnelle, constitue une « fraude à la constitution ».

1. Par exemple selon Georges Burdeau, « l'organe révisionniste ne saurait, sans commettre un détournement de pouvoir, ruiner les bases fondamentales du système politique auquel est liée son existence »⁴. Ainsi le professeur Burdeau voit une « solidarité entre le fondement politico-philosophique de la constitution et le type de révision »⁵. D'après lui,

« un organe aussi 'marqué' par son origine est incapable à la fois moralement juridiquement d'entreprendre l'élaboration d'une constitution s'inspirant d'un *esprit* différent de celle dont il procède. Moralement une telle entreprise serait une trahison de la volonté des constituants qui, en créant l'organe, ont songé à l'oeuvre qu'il accomplirait. Juridiquement, l'attitude de l'autorité révisionniste aboutirait à le priver de son titre par le fait même qu'elle répudierait le fondement constitutionnel du Pouvoir politique »⁶.

2. Cette thèse est défendue en Belgique de façon très claire par Pierre Wigny. Il affirme que « la Constitution est plus qu'une technique du pouvoir. Elle implique une conception de l'Etat et plus spécialement des relations qui doivent exister entre les individus. Nous avons, dit-il, opté pour la démocratie... Il paraît juste que même en respectant toutes les procédures de l'article 131, on ne peut supprimer la souveraineté nationale, les libertés individuelles, les élections libres et périodiques »⁷.

3. Il faut ajouter que certains auteurs examinent ces limites sous le thème de la « fraude à la constitution », car ces auteurs considèrent la révision de l'esprit de la constitution comme une « fraude à la constitution ». Voir *infra*, note 48 et 49.

4. Burdeau, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t.IV, p.238.

5. *Ibid.*, p.232.

6. *Ibid.*, p.232-233. C'est nous qui soulignons.

7. Pierre Wigny, *Propos constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p.25, cité par Rigaux, *op. cit.*, p.103.

Selon le professeur Wigny, « la constitution ne peut être une forme vide, une simple mécanique juridique. Elle a été inspirée par une philosophie politique dont on ne peut pas la séparer. La procédure de la révision ne peut aboutir à un bouleversement de l'Etat »⁸. Pierre Wigny estime qu'« il faut rien moins qu'une révolution pour abandonner les principes fondamentaux d'un régime et transformer une société. Pour ce faire on ne peut se contenter d'invoquer les règles ordinaires de la révision constitutionnelle »⁹. Autrement dit, dans ce domaine Pierre Wigny n'admet pas le changement paisible. Selon lui, la constitution « n'a pas à prévoir son abandon »¹⁰. Ainsi le professeur Wigny dénie, à l'avance, « toute valeur juridique à des manoeuvres qui aboutiraient, en respectant les apparences légales, à vider le régime de sa substance démocratique en laissant subsister les institutions comme un vain décor juridique »¹¹. Le professeur Wigny applique ces principes à la Constitution belge. Il constate d'abord que chaque article de la Constitution belge peut être révisé selon la procédure prévue par l'article 131. Mais, selon lui, « *on ne peut cependant modifier l'essence même du régime*. L'opération ne serait plus alors une révision, mais une révolution »¹². Bref pour Pierre Wigny, « dans le texte de la Constitution, il y a des principes intangibles parce qu'ils constituent l'essence même du régime politique »¹³. A la question de savoir « quelle est cette essence », il donne la réponse suivante : « C'est la démocratie. Celle-ci est d'abord individuelle et comporte le principe des libertés. Chacune des dispositions du titre II est susceptible d'amendement. Mais *l'esprit doit être conservé. Il procède d'une philosophie politique* »¹⁴.

3. Il est intéressant de constater que la thèse de l'existence des limites découlant de l'essence de la constitution, sous l'appellation de la théorie des « limites matérielles implicites », est particulièrement défendue dans la doctrine constitutionnelle suisse. Pourtant la Constitution suisse de 1874 ne contient aucune disposition prévoyant des limites de fond. De plus, elle peut être révisée totalement ou partiellement en tout temps (art.118). En outre, le droit d'initiative populaire exclut toute limitation quant à l'objet. Pourtant plusieurs auteurs¹⁵ affirment que la liberté du pouvoir de révision ne saurait être totale. Selon ces auteurs, il y a des limites matérielles à la révision constitutionnelle qui se dégagent de l'essence de la Constitution. Ainsi ils pensent que certaines dispositions constitutionnelles réputées fondamentales sont intangibles.

8. Pierre Wigny, *Droit constitutionnel : principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, t.I, p.215.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*, p.216. C'est nous qui soulignons.

13. *Ibid.*, p.217.

14. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

15. Par exemple, Hans Nef, Hans Haug, L. Giacometti, Louis Dupraz, Werner Kägi, Martin Luchsinger, Karl Spühler, Jean Darbellay etc. Pour les théories de ces auteurs voir : Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Editions Ides et Calendes, 1967, t.I, p.130 et s.

a) Par exemple pour le professeur L. Giacometti,

« les libertés individuelles reconnues par la constitution doivent présenter une barrière infranchissable à la toute-puissance de l'Etat. L'Etat de droit ne saurait être réalisé pleinement si le pouvoir de révision (pouvoir constituant institué) n'est pas, lui aussi, lié par les dispositions voulues par le constituant originaire en matière de séparation des pouvoirs, de libertés individuelles, de droits politiques et d'égalité devant la loi. Ces principes doivent être déclarés éternels par le pouvoir constituant originaire »¹⁶.

b) Antoine Favre affirme également qu'« il existe des droits qui ne dépendent pas d'une votation, des droits qu'on peut appeler permanents et qu'il n'appartient à aucun législateur, et pas non plus au constituant suisse, de modifier »¹⁷. Parmi ces droits, Antoine Favre cite « la liberté de conscience, la liberté d'association, la liberté de manifester ses opinions, notamment par la voie de presse »¹⁸. De plus, selon lui, « 'au-dessus de la constitution' il y a la justice, il y a le droit, dont la loi doit être l'expression si elle ne veut pas être une violence, et dont tous les organes de l'Etat, y compris le souverain populaire, sont les ministres »¹⁹. En outre, « la constitution démocratique de la Suisse confère aux citoyens des droits politiques dont il est évident, si l'on est logique, qu'ils ne doivent pas être utilisés pour détruire la démocratie. L'Assemblée fédérale accepterait-elle de soumettre à la votation populaire une initiative qui tendrait à substituer au régime démocratique la dictature du parti unique »²⁰ ? Encore, d'après Antoine Favre, le principe de la séparation des pouvoirs²¹ et le régime fédératif²² ne sont pas susceptibles de révision constitutionnelle.

c) De même Marcel Bridel et Pierre Moor pensent que le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas réviser les principes faisant partie de ce qu'ils appellent les *essentialia* de la Constitution fédérale suisse, c'est-à-dire les « éléments primordiaux du droit public suisse »²³. Ils considèrent comme tels, le principe de la démocratie, celui du fédéralisme, le principe de l'Etat de droit et les droits de l'homme²⁴. Selon les auteurs, les dispositions constitutionnelles qui les consacrent « n'ont pas un caractère *constitutif*, mais *déclaratif* »²⁵. De plus, « ces *essentialia* ne font pas tous l'objet des dispositions expresses. Ainsi en est-il de l'Etat de droit, qui

16. L. Giacometti, *Allgemeine Lehren des Rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich, 1960, t.I, p.27 cité par Jean Darbellay, « L'initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1963, p.733.

17. Antoine Favre, *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg, Editions universitaires de Fribourg, 1966, p.413.

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*, p.414.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*, p.415.

23. Marcel Bridel et Pierre Moor, « Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles », *Revue du droit suisse (= Zeitschrift für Schweizerisches Recht)*, Vol. 87, 1968, I, p.406.

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*

ne se déduit qu'indirectement de l'ensemble de nos règles constitutionnelles. De même le principe de la séparation des pouvoirs n'est exprimé nulle part »²⁶.

Marcel Bridel et Pierre Moor affirment que les principes faisant partie des *essentialia*

« sont proprement *supraconstitutionnels* ; ils s'imposeraient à nous, disent-ils, même si la Constitution ne les formulait pas expressément. Et de ce que nos constituants ont reconnu la nécessité de les incorporer à notre droit positif, il ne résulte pas que nous puissions en disposer à notre guise. Bien entendu, il nous appartient d'en modifier la formule... En revanche, nous ne saurions y renoncer sans trahison »²⁷.

De plus les auteurs pensent que ces principes dominent toute la Constitution « en vertu d'un ordre supérieur, d'un *ordre transcendant* »²⁸. Marcel Bridel et Pierre Moor ajoutent que « nous ne saurions nous soustraire [à ces principes] sans commettre une hérésie ou sans nous retrancher de la communauté des nations de civilisation chrétienne (*sic*) »²⁹.

d) Enfin, Jean Darbellay a une position plus modérée sur les limites matérielles du pouvoir de révision. D'abord il souligne les difficultés de la doctrine des limites matérielles³⁰. Selon lui, « ce qui a été institué est oeuvre humaine et peut être révisé. Seul est intangible ce dont la nécessité est permanente : la recherche du bien politique par des moyens honnêtes adaptés aux circonstances de temps et de lieux »³¹. Ainsi, « seules, dit-il, pourraient être écartées les initiatives déraisonnables, dont l'exécution s'avère impossible, ou qui consacrent une injustice flagrante, une violation évidente du droit naturel, les initiatives abusant manifestement d'un droit ou portant sur des matières étrangères à l'ordre constitutionnel »³².

4. Quand il s'agit de la limitation matérielle du pouvoir de révision, on se réfère souvent à la doctrine de Carl Schmitt. Le célèbre constitutionnaliste du III^e Reich fait la distinction entre la « constitution » (*Verfassung*) et la « loi constitutionnelle » (*Verfassungsgesetz*)³³. La « constitution » est une décision unique qui détermine le choix global de l'unité politique³⁴. Elle « est valide grâce à la volonté politique existante de celui qui la donne »³⁵. En revanche, les « lois constitutionnelles » contiennent telles ou telles normations particulières³⁶. Elles « n'ont de validité que sur le fondement de la constitution »³⁷. Ensuite, selon Carl Schmitt, le choix du

26. *Ibid.*, p.408.

27. *Ibid.*, p.412.

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. Jean Darbellay, « L'initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1963, p.738.

31. *Ibid.*, p.737.

32. *Ibid.*, p.738.

33. Schmitt, *op. cit.*, p.151.

34. *Ibid.*, p.152.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*, p.152, 153.

37. *Ibid.*, p.153.

peuple allemand pour la démocratie, la souveraineté populaire, la république contre la monarchie, le fédéralisme, l'Etat de droit bourgeois avec ses principes, droits fondamentaux et séparation des pouvoirs ne sont pas des lois constitutionnelles, « ce sont les décisions politiques concrètes qui fixent la forme d'existence politique du peuple allemand et forment le présupposé fondamental de toutes normations ultérieures, même celles données par les lois constitutionnelles »³⁸. « Elles forment la *substance de la constitution* »³⁹.

L'importance pratique de la distinction entre la « constitution » et la « loi constitutionnelle » apparaît du point de vue de leur révision. Car, selon Carl Schmitt, la constitution est intangible. « Par la voie de l'art.76⁴⁰ on peut modifier les *lois* constitutionnelles, mais pas la constitution »⁴¹. « Que la 'constitution' puisse être révisée ne veut pas dire que les décisions politiques fondamentales qui constituent la substance de la constitution peuvent être abrogées à tout moment par le parlement ou remplacées par n'importe quelles autres. Le Reich allemand ne peut pas être transformé en monarchie ou en république soviétique par une décision du Reichstag à la majorité des deux tiers »⁴².

Ainsi Carl Schmitt fonde la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle sur cette distinction elle-même. Selon lui la « révision de la constitution », c'est la « modification du texte des lois constitutionnelles en vigueur jusqu'alors »⁴³, et non pas la modification de la « constitution », c'est-à-dire les décisions politiques fondamentales qui constituent la substance de la constitution. « Le pouvoir de révision constitutionnelle ne contient donc que le pouvoir d'apporter à des dispositions légiconstitutionnelles des modifications, additions, compléments, suppressions, etc., mais pas le pouvoir de donner une nouvelle constitution »⁴⁴. Ainsi « une révision constitutionnelle qui transforme un Etat fondé sur le principe monarchique en un Etat régi par le pouvoir constituant du peuple ne peut en aucun cas être conforme à la constitution... Vice versa tout autant : une constitution fondée sur le pouvoir constituant du peuple ne peut pas être transformée en une constitution de principe monarchique par une 'modification' ou 'révision' des lois constitutionnelles »⁴⁵. Carl Schmitt souligne encore que

« la procédure de l'art. 76 RV⁴⁶ ne devrait pas autoriser à substituer une autre décision politique aux décisions fondamentales qui forment la constitution (à la différence de la réglementation légiconstitutionnelle). Ainsi, la procédure de l'art.76 ne pourrait pas transformer le droit de vote démocratique en un système de soviets ; les éléments fédéralistes que contient encore aujourd'hui la constitution du Reich ne peuvent pas être abrogés d'un coup de plume par la procédure de l'art.76... Une 'révision' de l'art.1 al.1 ou 41 RV, etc.,

38. *Ibid.*, p.155.

39. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

40. L'article 76 de la Constitution de Weimar règle la procédure de révision constitutionnelle.

41. *Ibid.*, p.156.

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*, p.237.

44. *Ibid.*, p.241.

45. *Ibid.*, p.242.

46. RV = *Reichsverfassung*, c'est-à-dire, la Constitution du Reich allemand du 11 août 1919, dite Weimar.

ne pourrait pas non plus transformer la fonction du Reichspräsident en celle d'un monarque... Des modifications de cette importance provoquent un changement de constitution, et non une révision constitutionnelle »⁴⁷.

En conséquence, selon la théorie de Schmitt, il existe toujours des limites à la révision constitutionnelle découlant de la substance de la constitution, qu'elles soient explicites ou non.

5. A propos de la révision de l'esprit de la constitution, dans la doctrine du droit constitutionnel français, plusieurs auteurs parlent de « fraude à la constitution »⁴⁸. Selon ces auteurs, la modification de l'esprit de la constitution par le pouvoir de révision constitutionnelle tout en respectant la forme régulière de la révision constitutionnelle constitue une « fraude à la constitution ». C'est Georges Liet-Veaux qui a pour la première fois, semble-t-il, utilisé cette notion⁴⁹. Il définit la fraude à la constitution comme le procédé « par lequel la lettre des textes est respectée, tandis que l'esprit de l'institution est renié. Respect de la forme pour combattre le fond, c'est la *fraude à la constitution* »⁵⁰. En d'autres termes, dans ce procédé, le pouvoir de révision constitutionnelle utilise ses pouvoirs pour établir un régime d'une inspiration toute différente, tout en respectant la procédure de révision constitutionnelle. Ce procédé dissimule en réalité une révolution. L'établissement des régimes fasciste en Italie et national socialiste en Allemagne illustre parfaitement ce procédé⁵¹.

6. Dernièrement il faut noter que l'article 112 de la Constitution norvégienne du 17 mai 1814 interdit expressément la modification de l'*esprit* de la Constitution. Selon cet article les amendements de la Constitution « ne pourront, toutefois, pas être incompatibles avec les principes de la Constitution; ils devront seulement porter sur des dispositions particulières et *ne pas transformer l'esprit de la Constitution* »⁵².

§ 2. CRITIQUE

1. D'abord il convient de remarquer que, si on laisse de côté l'article 112 de la Constitution norvégienne du 17 mai 1814, les limites que nous venons de voir ne trouvent pas leur fondement dans les textes constitutionnels. Elles ne sont pas

47. Schmitt, *op. cit.*, p.243.

48. Voir par exemple Burdeau, *Traité de science politique, op. cit.*, t.IV, p.245; Cadoux, *op. cit.*, p.151; Jeanneau, *op. cit.*, p.94; Pactet, *op. cit.*, p.76; Burdeau, *Droit constitutionnel*, par Troper et Hamon, 21^e éd., *op. cit.*, p.77; Debbasch et alii, *op. cit.*, p.94.

49. Georges Liet-Veaux, « La 'fraude à la constitution' : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes », *Revue du droit public*, 1943, p.116-150.

50. *Ibid.*, p.145.

51. Burdeau, *Traité de science politique, op. cit.*, t.IV, p.245; Liet-Veaux, « La 'fraude à la constitution' », *op. cit.*, p. 145-150.

52. Boris Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions européennes*, Paris, P.U.F., 1951, t.I, p.426. Ainsi que voir Amos J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, 3^e édition révisée, préparée par Dorothy Peaslee Xydis, The Hague, Martinus Nijhoff, 1968, Vol. III, « Europe », p.705. C'est nous qui soulignons.

formulées expressément par les textes constitutionnels. On ne peut pas les déduire encore de façon directe ou dérivée d'une disposition constitutionnelle. Ces limites, comme celles qui sont déduites des principes supraconstitutionnels, sont privées de toute existence positive.

2. Après avoir indiqué que ces limites sont privées de toute existence positive, on peut facilement démontrer le *caractère jusnaturaliste* des thèses favorables à l'existence des limites déduites de l'essence de la constitution. Ce caractère peut être suivi de façon plus claire chez les auteurs suisses que nous avons cités plus haut. Rappelons-nous que Marcel Bridel et Pierre Moor parlaient d'un « ordre transcendant », d'une « hérésie », de « se retrancher de la communauté des nations de civilisations chrétienne » (*sic*) et Jean Darbellay d'une « injustice flagrante », d'une « violation évidente du droit naturel ». Même si chez les autres auteurs, on ne trouve pas toujours de références aussi directes au droit naturel que celles-ci, nous pensons que ces thèses ne sont pas soutenables si l'on n'admet pas la conception jusnaturaliste du droit. Car pour attribuer la valeur juridique aux limites qui n'existent pas dans les textes positifs, on a nécessairement besoin d'une conception jusnaturaliste du droit. Or, comme nous l'avons plusieurs fois expliqué, nous refusons dans notre travail par hypothèse même la conception jusnaturaliste du droit.

3. Notre troisième remarque va dans le même sens. Les thèses qui déduisent des limites à la révision constitutionnelle de l'essence de la constitution impliquent nécessairement une *conception matérielle de la constitution*. Car il est évident que les principes constitutionnels fondamentaux faisant partie de l'essence de la constitution sont déterminés par leur *matière*, et non pas par leur *forme*. Car, du point de vue de leur forme, tous les principes constitutionnels ont la même valeur en tant que dispositions se trouvant dans le même texte. Par exemple, lorsque l'on dit que l'art.4 de la Constitution suisse qui règle le principe d'égalité est intangible et que l'art. 23bis, al.3, qui dispose que la Confédération « accorde en cas de besoin des facilités aux moulins afin de réduire leurs frais de transport, à l'intérieur du pays » ne l'est pas, il est évident que l'on prend en considération le contenu de ces articles. Or, du point de vue de leur forme, on ne peut pas établir de distinction entre ces deux articles qui se trouvent dans la même Constitution. Nous avons déjà précisé que notre travail est conçu dans la conception formelle de la constitution⁵³.

4. Les thèses favorables à l'existence des limites découlant de l'essence de la constitution aboutissent à une *hiérarchisation entre les normes constitutionnelles*. En effet, quand on dit que telles ou telles dispositions de la constitution concernent l'essence de celle-ci, et par conséquent qu'elles sont intangibles, on établit inévitablement une hiérarchie entre les dispositions de la constitution, hiérarchie que l'on trouve d'ailleurs dans la théorie de Marcel Bridel et Pierre Moor. Ils écrivent que « de proche en proche et degré en degré, se dessinent une *hiérarchie* ou plutôt des hiérarchies formelles parmi les dispositions de la Constitution »⁵⁴. Ils attribuent le premier rang aux règles faisant partie de ceux qu'ils appellent les *essentialia*, le

53. Voir *supra*, titre préliminaire, chapitre 1.

54. Bridel et Moor, *op. cit.*, p.409.

deuxième rang aux règles qu'ils qualifient d'*accidentalia*, et le troisième rang aux règles qui doivent normalement figurer dans des lois ordinaires⁵⁵. Nous avons déjà démontré que la thèse de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles n'est pas fondée⁵⁶. C'est pourquoi nous ne reprenons pas ici les critiques adressées à cette thèse.

5. *L'esprit* ou l'*essence* de la constitution n'est pas une notion objectivement définissable. Le dictionnaire *Petit Robert* définit le mot « esprit » (dans ce contexte) comme « le sens profond du texte », et celui « essence » comme « ce qui constitue... la nature intime des choses ». Qu'est-ce que le sens profond d'un texte constitutionnel ? Qu'est-ce qui constitue la nature intime d'une constitution ? A notre avis, on ne peut pas donner de réponse objective à ces questions. En effet comme le remarque à juste titre Jean-François Aubert, cette doctrine « fait appel à des règles mystérieuses, que peut seule dégager une herméneutique divinatoire »⁵⁷. On a dit que l'esprit est le sens profond du texte. Or, François Luchaire affirme qu'« il ne faut pas confondre le sens d'un texte avec son esprit »⁵⁸. Selon l'auteur, « le *sens*... résulte de l'ensemble des dispositions d'un texte... ; sa recherche suppose une démarche *objective* ; l'*esprit* – plus ou moins arbitrairement attribué à un texte – est recherché en grande partie en dehors du texte en tenant compte de tout ce qui l'environne ; sa recherche est beaucoup plus *subjective* »⁵⁹. « *L'esprit de la loi*, dit François Luchaire, n'est qu'un prétexte pour ajouter à la loi et même parfois pour l'écarter »⁶⁰.

6. Nous arrivons ainsi au caractère subjectif et arbitraire des thèses favorables à l'existence des limites déduites de l'esprit de la constitution. A cet égard, Marie-Françoise Rigaux remarque à juste titre que la valeur de ces limites « n'est pas appréciée en vertu de critères juridiques mais dépend d'un certain nombre de jugements politiques ou moraux tout à fait étrangers à la positivité constitutionnelle »⁶¹. En effet, pour justifier l'inamovibilité de certaines matières constitutionnelles, ces thèses recourent « à des postulats éthiques ou politiques »⁶². Ce n'est pas le droit positif qui est la source directe de ces limites mais l'interprétation qu'en

55. *Ibid.*, p.410-411.

56. Ce titre, chapitre 1, section 1, sous-section 2, § 2.

57. Aubert, *op. cit.*, t.I, p.132.

58. François Luchaire, « De la méthode en droit constitutionnel », *Revue du droit public*, 1981, p.314.

59. *Ibid.*, p.314-315.

60. *Ibid.*, p.315. François Luchaire donne l'exemple suivant : « Le Conseil constitutionnel a... dans sa décision du 6 novembre 1962 fait appel à l'esprit de la Constitution pour *ajouter* à ses dispositions : L'article 61 ne lui paraissait pas préciser si la compétence du Conseil pour contrôler la loi se limitait aux lois votées par le Parlement ou s'étendait aux lois votées par référendum ; il a donc estimé qu'il résulte de *l'esprit de la Constitution* qui fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a *entendu* viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celle qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression de la souveraineté nationale » (*Ibid.*).

61. Rigaux, *op. cit.*, p.101-102.

62. *Ibid.*, p.102.

donnent les auteurs et les appréciations personnelles qu'ils font de celles-ci⁶³. Par conséquent les limites découlant de l'esprit de la Constitution dépendent des jugements de valeur personnels des auteurs⁶⁴. Les motivations véritables de ces thèses sont donc métajuridiques⁶⁵. Ainsi Jean-François Aubert précise que ces thèses pourraient « un jour couvrir des arrière-pensées politiques »⁶⁶.

A cet égard, Guy Héraud remarque à juste titre que

« dès que l'on se détache de la lettre du texte pour spéculer d'une façon abstraite sur 'l'esprit d'une législation', on aborde un terrain périlleux, et la diversité des appréciations montre le caractère trop subjectif de telles spéculations poussées à l'excès. A l'extrême, toute loi nouvelle, peut-on dire, modifie tant soit peu l'esprit d'un régime »⁶⁷.

Ainsi selon Guy Héraud, quand un texte constitutionnel permet une révision illimitée, la révision constitutionnelle « peut aller à l'encontre de la philosophie constitutionnelle antérieure »⁶⁸. Parce qu'il faut apprécier les innovations au regard des règles de révision, et non pas par rapport à l'ordre ancien. Ainsi l'organe de révision peut « donner naissance à une philosophie nouvelle »⁶⁹. Et cette philosophie peut ruiner la précédente. Car, la constitution, dans ses règles de révision, autorise ce changement⁷⁰. Bref, selon Guy Héraud, « *la philosophie qui se dégage de la procédure révisionniste n'est autre chose que l'acceptation des changements constitutionnels autorisés par les textes mêmes* »⁷¹.

D'ailleurs, à cet égard il est significatif de voir que les partisans de ces thèses sont eux-mêmes divisés sur la liste des limites découlant de l'esprit de la Constitution. Par exemple, comme le constate Jean-François Aubert, en Suisse, L. Giacometti tient la liberté du commerce pour intangible, tandis que Hans Haug la déclare suppressible⁷².

7. En Suisse, les exemples proposés par la doctrine pour illustrer les limites implicites sont parfois surprenants : « la socialisation des femmes et des enfants, la suppression du mariage et de la famille, la suppression de la propriété privée, la vente d'un canton à un Etat voisin »⁷³, la révision selon laquelle « tous les administrés dont le nom commence par A paieront trois fois plus d'impôts »⁷⁴. Avec Jean-François Aubert⁷⁵, on peut souligner la vanité de tels exemples.

63. *Ibid.*, p.105.

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*

66. Aubert, *op. cit.*, t.I, p.132.

67. Héraud, *L'ordre juridique et pouvoir originare, op. cit.*, p.256.

68. *Ibid.*, p.258.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, p.259.

72. Aubert, *op. cit.*, t.I, p.132.

73. Darbellay, *op. cit.*, p.730.

74. *Ibid.*, p.737.

75. Aubert, *op. cit.*, t.I, p.133.

8. Enfin il faut noter que les thèses favorables à l'existence des limites à la révision constitutionnelle découlant de l'esprit de la constitution ne sont jamais confirmées par la pratique constitutionnelle. A notre connaissance, aucun organe constitutionnel ni aucune cour constitutionnelle n'a consacré jusqu'à maintenant l'existence de telles limites. Au contraire, en Suisse, le Conseil fédéral a refusé la l'existence de telles limites. Il a dit, en 1919, qu'« en matière de législation constitutionnelle, il existe des limites de forme, il n'y en a point en ce qui concerne le fond »⁷⁶. En 1955, le Conseil l'a répété de façon encore plus claire :

« Il n'existe pas de disposition disant ce qui peut et ne peut pas faire l'objet d'un texte constitutionnel. La Constitution n'a fixé ni expressément ni tacitement de limites matérielles à sa révision »⁷⁷.

* * *

Conclusion. – Ainsi après avoir vu successivement l'exposé et la critique des thèses favorables à l'existence des limites à la révision constitutionnelle découlant de l'esprit de la constitution, nous allons rechercher maintenant si ces principes remplissent les conditions de la validité juridique. Notre première condition de la validité juridique était l'*existence matérielle* de la limite. Rappelons encore une fois que, quand on parle de la validité juridique d'une limite, la première question qui se pose à son égard est celle de son *existence matérielle*⁷⁸. Car une limite matériellement *inexistante* ne peut faire l'objet d'aucune qualification juridique. Et rappelons-nous que par l'*existence matérielle* d'une limite, on entend l'existence d'un support concret, comme un document ou une parole rituelle, en un mot, un *instrumentum*⁷⁹.

Maintenant recherchons l'existence matérielle des limites à la révision constitutionnelle déduites de l'esprit de la constitution.

Nous avons déjà constaté que les limites que nous venons de voir ne trouvent pas leur fondement dans les textes constitutionnels. Elles ne sont pas formulées expressément par les textes constitutionnels. On ne peut pas les déduire encore de façon directe ou dérivée d'une disposition constitutionnelle. Ces limites, comme celles qui sont déduites des principes supraconstitutionnels, sont privées de toute existence positive. En effet, comme le remarque à juste titre Marie-Françoise Rigaux, ces limites sont les résultats d'une « construction doctrinale »⁸⁰. M.-F. Rigaux observe que ce n'est pas le droit positif qui est la source directe de ces limites, mais les interprétations qu'en donnent les auteurs et les appréciations personnelles qu'ils font de celles-ci⁸¹. Les limites proposées par la doctrine au nom de l'esprit de la constitution sont donc privées de toute existence matérielle. Elles ne figurent sur aucun support concret, dans aucun document. C'est pourquoi il est

76. *Feuille fédérale*, 1919, vol. IV, p.661, cité par Aubert, *op. cit.*, t.I, p.134-135.

77. *Feuille fédérale*, 1955, vol. II, p.347-348, cité par Aubert, *op. cit.*, t.I, p.138.

78. Voir *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, sous-section 1, § 1, A.

79. Ost et van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p.259 ; Ost, « Validité », *op. cit.*, p.636.

80. Rigaux, *op. cit.*, p.97.

81. *Ibid.*, p.105.

complètement impossible d'établir l'existence de l'*instrumentum* dans lequel se trouvent ces limites.

Par exemple où donc est inscrite en Suisse la limite déduit par Jean Darbellay selon laquelle le pouvoir de révision ne peut pas consacrer « une injustice flagrante, une violation évidente du droit naturel » ? Où figure également l'intangibilité des droits de l'homme ? On nous dira probablement « dans l'esprit de la constitution ». Mais qu'est-ce que cet esprit de la constitution ? Comme nous l'avons dit, ce n'est pas une chose positivement existante, mais une « construction doctrinale ». En tout cas, personne ne peut nous montrer un document dans lequel est décrit l'esprit de la constitution⁸². Même si on nous montre le document de la constitution elle-même, chacun en tirera un esprit différent, conformément à ses propres jugements de valeur⁸³.

Seul le pouvoir constituant originaire est compétent pour poser des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Or, dans cette théorie, les auteurs croient pouvoir poser des limites à la révision constitutionnelle au nom de l'esprit de la constitution. Ainsi ces auteurs se substituent au pouvoir constituant originaire grâce à l'esprit de la constitution.

En résumé les limites déduites de l'esprit de la constitution n'ont pas d'existence matérielle, par conséquent elles ne remplissent pas la première condition préalable de validité juridique. C'est pourquoi, ces limites, étant matériellement inexistantes, sont privées non seulement de valeur constitutionnelle, mais encore de toute valeur juridique. Puisque ces limites ne remplissent pas même la première condition préalable, il est inutile de rechercher si elles remplissent les autres conditions de la validité juridique. Car, ces conditions sont cumulatives, et non pas alternatives. Par conséquent, nous excluons de notre débat les limites à la révision constitutionnelle déduites de l'esprit de la constitution.

82. Signalons encore une fois que nous laissons de côté l'article 112 de la Constitution norvégienne du 17 mai 1814 qui interdit expressément la modification de l'esprit de la Constitution.

83. D'ailleurs comme nous l'avons déjà remarqué, les défenseurs de ces thèses acceptent tous l'existence de limites découlant de l'esprit de la constitution, pourtant ne sont pas d'accord sur la liste de celles-ci. Chacun dresse une liste différente conformément à sa propre conception. Cette différence elle-même démontre l'inexistence objective de ces limites.

CONCLUSION DU DEUXIEME TITRE

D'abord, il faut souligner le *caractère jusnaturaliste* des thèses favorables à l'existence des limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans les textes constitutionnels. En effet ces thèses (en dehors de celle de la supériorité des normes de droit internationale sur les normes constitutionnelles) ne sont soutenables que, si et seulement si l'on accepte l'existence d'un droit naturel. Car pour attribuer la valeur juridique aux limites qui n'existent pas dans les textes positifs, on a nécessairement besoin d'une conception jusnaturaliste du droit. Or, dans notre travail, nous refusons par hypothèse même la conception jusnaturaliste du droit.

Ainsi, les limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans les textes constitutionnels ne sont pas posées par le pouvoir constituant originaire, mais par les auteurs jusnaturalistes. Par conséquent ces auteurs se sont substitués non seulement au législateur ordinaire, mais encore au pouvoir constituant originaire même, grâce à la théorie de la supraconstitutionnalité, de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles, de l'esprit de la constitution, etc.

Egalement, au cours de ce chapitre nous avons constaté à plusieurs reprises le *caractère subjectif de ces limites*. Ainsi ces auteurs acceptent tous l'existence de limites à la révision constitutionnelle autres que celles prévues par les textes constitutionnels, et pourtant ne sont pas d'accord sur la liste de celles-ci. Chacun dresse une liste différente conformément à sa propre conception. Cette différence montre en effet le caractère subjectif de ces thèses favorables à l'existence de telles limites.

* * *

Dernièrement, il convient de noter que les limites à la révision constitutionnelle proposées par la doctrine ne consistent pas en celles étudiées ci-dessus. Dans la doctrine, on a encore proposé d'autres limites à la révision constitutionnelle qui ne trouvent pas leur source dans la constitution. Par exemple selon une partie de la doctrine, les dispositions concernant la *procédure de révision constitutionnelle* ne sont pas révisibles¹. Egalement certains auteurs affirment que le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut procéder à une *révision totale de la constitution*².

1. La thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas modifier la procédure de révision constitutionnelle a été soutenue par les auteurs suivants : Schmitt, *op. cit.*, p.242 ; Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.470471 ; *Id.*, « La souveraineté de l'Etat... », *op. cit.*, p.1056 ; Francis Delpérée, « Le processus de modification de la Constitution belge », in *La révision de la Constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992), Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Presses universitaires d'Aix-Marseille et Economica, Paris, 1993, p.70 ; *Id.*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p.96 ; Jeanneau, *op. cit.*, p.94 ; Laferrière, *Le manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p.293 ; Julien Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France : les actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942, p.30-36, 55 ; Georges Berlia,

A propos de la question de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle peut modifier la *procédure de révision constitutionnelle*, nous pensons que, conformément à la théorie positiviste, si la constitution elle-même n'interdit pas la modification des dispositions qui règlent la procédure de révision, le pouvoir constituant dérivé peut modifier la procédure de révision constitutionnelle. En d'autres termes, les dispositions de la constitution régissant la révision constitutionnelle sont susceptibles d'être révisées en suivant la procédure déterminée par ces dispositions elles-mêmes. Car, ces dispositions elles aussi sont des règles constitutionnelles comme les autres, par conséquent elles peuvent être révisées conformément à leur contenu.

Egalement, en ce qui concerne la question de la *révision totale de la constitution*, nous estimons que si la constitution ne l'a pas expressément exclue, la révision totale est possible. Car, selon la conception positiviste que nous suivons dans notre travail, en dehors des articles intangibles, tous les articles de la constitution sont révisables par le pouvoir de révision constitutionnelle conformément à la procédure prévue dans la constitution à cet effet. Ainsi, le pouvoir de révision constitutionnelle peut réviser *quelques* articles de la constitution. De même ce pouvoir peut réviser *plusieurs* articles de la constitution. Enfin il peut réviser *tous* les articles de la constitution. Entre la révision de tous les articles et la révision de quelques articles, il y a une différence de quantité, non pas de qualité. En d'autres termes il n'y a pas de différence de nature juridique entre la révision totale et la révision partielle. A la suite de la révision totale, il y a sans doute *deux textes constitutionnels différents*, mais il n'y a *qu'une constitution*. Parce que le nouveau texte a été produit par la mise en oeuvre du mode prévu par l'ancien texte : il y a continuité juridique entre ces deux textes. Autrement dit, la révision totale est un événement du pouvoir de révision constitutionnelle, et non pas du pouvoir constituant originaire. Car, lors de la révision totale de la constitution, on ne sort pas du cadre constitutionnel existant.

Enfin, il y a des auteurs qui déduisent des limites à la révision constitutionnelle d'une certaine doctrine. Par exemple *Georges Burdeau* déduit des limites à la révision constitutionnelle de sa fameuse notion de l'« *idée de droit* ». Selon lui, l'organe de révision constitutionnelle est tributaire, comme

« La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *Revue du droit public*, 1944, p.54 ; Georges Liet-Veaux, *La continuité du droit interne: essai d'une théorie juridique des révolutions*, (Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit de Rennes) Paris, Sirey, 1942, p.66-68 ; *Id.*, « La 'fraude à la constitution' : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes », *Revue du droit public*, 1943, p.144-148.

2. La thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas procéder à une révision totale de la constitution a été soutenue par les auteurs suivants : Burdeau, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t.IV, p.240 ; Schmitt, *op. cit.*, p.151, 237, 243-244 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Id.*, *La souveraineté de l'Etat...* », *op. cit.*, p.1051 ; Delpérée, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.93-95 ; *Id.*, « Le processus de modification... », *op. cit.*, p.69. Pour les critères de distinction entre la révision totale et la révision partielle voir Aubert, *op. cit.*, t.I, p.140-143 ; Jean Darbellay, « Vers la révision de la Constitution fédérale », *Revue de droit suisse*, 1968, I, p.426-437 ; Maurice Battelli, « Réflexions sur la révision totale », *Revue de droit suisse*, 1968, I, p.393-404.

« tous les organes de l'Etat, de l'idée de droit que représente le pouvoir étatique. Si les modifications des équilibres sociaux et politiques qui affectent le pays sont ressenties par le souverain avec une intensité telle qu'il apporte son adhésion à une idée de droit nouvelle ou exige une refonte totale des mécanismes gouvernementaux qui doivent mettre en oeuvre l'idée de droit à laquelle il demeure attaché, alors l'oeuvre constituante à accomplir échappe à la compétence de l'organe de révision. Qualifié pour le service d'une idée de droit, il commettrait un véritable détournement de pouvoir en se faisant l'instrument d'une idée différente. Voit-on une autorité révisionniste démocratiquement aménagée faire une constitution autoritaire ? Le pourrait-elle, en satisfaisant aux conditions formelles mises par la constitution existante à l'exercice de sa compétence, que le souverain ne tolérerait pas une telle parodie, intolérable usurpation du pouvoir constituant »³.

D'autre part, lors de la révision constitutionnelle en vue de lever la contrariété du Traité de Maastricht à la Constitution française, Louis Favoreu a affirmé l'existence d'une limite procédurale à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle : ce pouvoir a l'obligation d'« assurer la cohérence de l'ensemble de la Constitution »⁴. Car, selon lui, le pouvoir de révision constitutionnelle aurait dû réviser l'article 3 de la Constitution, et ne pas ajouter un nouvel article 88 à la Constitution⁵. Ainsi le doyen Favoreu a estimé qu'

« on ne peut pas introduire un titre sur mesure pour l'Union européenne sans toucher à la 'vielle' Constitution : il ne peut y avoir une Constitution 'duale', ou une Constitution *bis* à côté de la Constitution officielle »⁶.

Par là, comme l'observe à juste titre Bruno Genevois, Louis Favoreu a fait « grief au constituant d'avoir procédé à une révision inappropriée et même contradictoire »⁷.

Mais d'où tire le doyen Favoreu cette limite interdisant au pouvoir de révision constitutionnelle de faire une « Constitution *bis* » ? Dans quel texte figure l'obligation pour ce pouvoir d'« assurer la cohérence de l'ensemble de la Constitution » ? A notre avis on ne peut donner aucune réponse à ces questions. C'est peut-être pour cette raison que le Conseil constitutionnel a rejeté l'argument des requérants selon lequel « les constituants auraient dû modifier le texte des dispositions auxquelles il était dérogé ». Le Conseil constitutionnel a considéré que

3. Burdeau, *Traité de science politique*, op. cit., t.IV, p.233.

4. Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., op. cit., p.824. Voir également Louis Favoreu, « Constitution révisée ou Constitution *bis* », *Le Figaro*, 21 avril 1992, reproduit in *La Constitution et l'Europe*, (Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat), Paris, Montchrestien, 1992, p.356.

5. Favoreu, « Constitution révisée ou Constitution *bis* », op. cit., (reproduit in *La Constitution et l'Europe*, op. cit., p.356). Voir également Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., op. cit., p.823-824. En ce sens voir aussi Dmitri Georges Lavroff, « A propos du référendum », *Revue politique et parlementaire*, n° 960, juillet-août 1992, p.28 : « Il est, en effet, douteux que les dispositions du nouvel article 88 de la Constitution soient compatibles avec celles de l'article 3, non modifié ».

6. Favoreu, « Constitution révisée ou Constitution *bis* », op. cit., (reproduit in *La Constitution et l'Europe*, op. cit., p.356).

7. Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », op. cit., p.946.

« le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »⁸.

En effet, on peut encore envisager d'autres limites à la révision constitutionnelle. A vrai dire, dès que l'on se détache du texte de la constitution, chacun peut proposer une limite à la révision constitutionnelle conformément à ses croyances philosophiques et politiques. Ainsi il y aurait des limites innombrables à la révision constitutionnelle. C'est pourquoi il est impossible de dresser une liste exhaustive des limites à la révision constitutionnelle proposées par la doctrine. Les limites que nous avons traitées tout au long de ce chapitre ne constituent que quelques exemples de ces limites. Pourtant, la logique des thèses favorables à l'existence des limites à la révision constitutionnelle non inscrites dans les textes constitutionnels reste toujours la même : on invente d'abord un principe fondamental, ensuite on en déduit des limites à la révision constitutionnelle. Cependant ni cette limite elle-même, ni le principe à partir duquel elle est tirée ne figurent dans les textes constitutionnels.

En conclusion, les limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans les textes constitutionnels ne sont pas valables, car elles sont privées de toute existence matérielle. Ainsi nous refusons toutes les thèses favorables à l'existence des limites à la révision constitutionnelle qui ne sont pas prévues par la constitution. Pour nous, les limites à la révision constitutionnelle consistent en celles *inscrites* dans les textes constitutionnels.

8. C.C. Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne, (Maastricht II), Rec.*, p.80. (19^e considérant).

Deuxième partie
LES SANCTIONS DES LIMITES A LA REVISION
CONSTITUTIONNELLE

[Page laissée intentionnellement vide]

Deuxième partie

LES SANCTIONS DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

La question qui se pose dans cette partie consiste à savoir si *les limites*¹ à la *révision constitutionnelle sont sanctionnées*. En effet, en ce qui concerne les limites à la révision constitutionnelle, comme le remarque le président Dmitri Georges Lavroff, la vraie question est celle de savoir comment ces limites peuvent être sanctionnées, car aucune limite n'est contraignante, si elle ne fait pas l'objet d'une sanction².

Dans cette partie, nous allons envisager les différentes sanctions pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle : le refus de la promulgation des lois constitutionnelles par le président de la République, la responsabilité du président de la République pour haute trahison, la responsabilité pénale des ministres, l'invalidation de la loi constitutionnelle, etc.

Il convient dès maintenant de préciser que même si ces différentes sanctions sont théoriquement envisageables, elles ne constituent pas toutes des moyens efficaces pour assurer le respect des limites à la révision constitutionnelle. En effet, seule l'invalidation des lois constitutionnelles est un moyen efficace. En d'autres termes, les limites à la révision constitutionnelle ne sont efficacement sanctionnées que lorsque l'invalidation des lois constitutionnelles est possible. Et ceci dépend de l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois

1. Notons tout de suite que les limites à la révision constitutionnelle dont les sanctions font l'objet de cette partie sont seulement les limites à la révision constitutionnelle *inscrites dans le texte constitutionnel*. En effet, comme nous l'avons montré dans la première partie, les limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans le texte constitutionnel ne sont pas valables, car elles sont privées de toute existence positive. C'est pourquoi, dans cette partie, nous entendons par « limites à la révision constitutionnelle » exclusivement inscrites dans le texte constitutionnel.

2. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.104.

constitutionnelles. Alors, concernant les sanctions des limites à la révision constitutionnelle, la question la plus importante est celle de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. C'est pourquoi, nous avons consacré le deuxième titre tout entier à l'examen du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, alors que toutes les autres sanctions seront étudiées dans le titre premier.

Alors le plan de la deuxième partie s'affiche ainsi :

Titre 1. – Les sanctions autres que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles

Titre 2. – Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles

Titre premier
LES SANCTIONS AUTRES QUE LE CONTROLE DE LA
CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

On peut théoriquement envisager plusieurs sanctions pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. En effet, les différentes sanctions envisagées pour assurer la régularité des *lois ordinaires* avec la constitution sont transposables pour notre problème.

Dans ce but, nous allons suivre ici le raisonnement de Kelsen sur la question des garanties de la constitution. Dans un article intitulé « la garantie juridictionnelle de la constitution » publié dans la *Revue du droit public*, Hans Kelsen envisage les différentes sanctions pour assurer la conformité des lois ordinaires à la constitution³. En effet, ces sanctions ne sont pas spécialement envisagées pour la constitutionnalité des lois, car comme le dit Kelsen lui-même, « ce sont les garanties générales que la technique juridique moderne a développées quant à la régularité des actes étatiques en général »⁴.

Hans Kelsen divise d'abord ces sanctions en deux, telles les *sanctions préventives* et les *sanctions répressives*⁵. Ces dernières elles aussi se subdivisent entre elles en deux comme les sanctions *personnelles* et les sanctions *objectives*. Parmi les *sanctions personnelles*, Kelsen mentionne la possibilité de mise en jeu de la responsabilité du chef de l'État qui a promulgué la loi inconstitutionnelle et des ministres qui ont contresigné ses actes⁶. Les *sanctions objectives* sont la *nullité* et l'*annulabilité* de la loi constitutionnelle. Kelsen prévoit encore un contrôle minimum de la constitutionnalité des lois par les organes compétents pour leur publication.

3. Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution : la justice constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1928, p.197-257.

4. *Ibid.*, p.212.

5. *Ibid.*

6. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.364.

En suivant le développement de Kelsen, on peut énumérer les mesures techniques qui ont pour objet de garantir la conformité des lois à la constitution comme suit :

- I. Les sanctions préventives
- II. Les sanctions répressives
 - A. Les sanctions personnelles
 - 1. La responsabilité pénale du chef de l'Etat
 - 2. La responsabilité pénale des ministres
 - B. Les sanctions objectives
 - 1. La nullité
 - 2. L'annulabilité

* * *

Maintenant nous allons essayer de transposer ces sanctions dans notre problème. Ainsi suivant le schéma ci-dessus, nous envisagerons d'abord les *sanctions préventives* (Chapitre 1), ensuite les *sanctions répressives* (Chapitre 1) pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelles.

Chapitre premier

LES SANCTIONS PREVENTIVES

Les sanctions préventives sont celles qui « tendent à prévenir la confection des actes irréguliers »¹.

Parmi les très nombreuses sanctions purement préventives possibles pour assurer la régularité des actes étatiques, Kelsen prend en compte particulièrement « l'organisation de l'organe qui crée le droit en tribunal, c'est-à-dire l'indépendance garantie – par l'immovibilité, par exemple – de l'organe, cette indépendance consistant en ce qu'il ne peut être juridiquement obligé, dans l'exercice de ses fonctions, par aucune norme individuelle (ordre) d'un autre organe et, en particulier, d'un organe supérieur ou appartenant à un autre groupe d'autorités et n'est lié par suite qu'aux seules normes générales et essentiellement aux lois et aux règlements légaux »².

Il faut tout de suite indiquer que cette garantie préventive (l'organisation de l'organe en tribunal) est par avance hors de cause en matière de révision constitutionnelle. Car, comme le remarque Hans Kelsen lui-même, « la législation, dont il s'agit ici en première ligne, ne peut pas être confiée à un tribunal ; non pas tant à cause de la diversité des fonctions législative et juridictionnelle que bien plutôt parce que l'organisation de l'organe législatif est essentiellement dominée par d'autres points de vue que celui de la constitutionnalité de son fonctionnement »³.

En matière de révision constitutionnelle aussi cette conclusion de Kelsen est à plus forte raison valable. En effet, puisque le pouvoir de révision constitutionnelle est supérieur aux autres organes constitués, l'indépendance de ce pouvoir est insensée. Il est inutile de dire que le pouvoir de révision constitutionnelle est indépendant et n'est juridiquement obligé, dans l'exercice de ses fonctions, par aucun ordre d'un autre organe. Au contraire, comme nous l'avons vu dans la partie préliminaire, du point de vue de sa fonction, le pouvoir de révision constitutionnelle est supérieur aux autres organes. Alors seul l'organe

1. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.212-213.

2. *Ibid.*, p.213.

3. *Ibid.*

de révision constitutionnelle lui-même peut apprécier la conformité des lois de révision constitutionnelle qu'il a adoptées aux limites à la révision constitutionnelle.

A cet égard, on peut seulement signaler que les dispositions de la constitution relatives à la procédure de révision constitutionnelle peuvent jouer un rôle *préventif* pour assurer la régularité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. Ainsi on peut envisager que le président de l'assemblée de révision constitutionnelle puisse refuser de soumettre à la discussion une proposition de révision constitutionnelle qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle⁴. De même si une telle proposition lui est présentée, l'assemblée de révision constitutionnelle ne doit pas l'adopter. Mais encore il faut signaler que c'est à cet organe de révision constitutionnelle et à lui seul d'apprécier si le texte qui lui est soumis est conforme ou contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

A propos des sanctions préventives, dans le cadre de la Constitution française de 1958, nous voulons discuter ici de deux questions suivantes :

1. *Le président de la République peut-il interrompre la procédure de révision constitutionnelle, lorsqu'il s'agit d'une proposition ou d'un projet de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle ?* En d'autres termes, le président de la République a-t-il le droit de ne pas donner suite aux propositions ou aux projets de révision constitutionnelle contraires aux limites à la révision constitutionnelle ? Si l'on donne une réponse affirmative à cette question, la possibilité du président de la République de suspendre la procédure de révision constitutionnelle peut être considérée comme une sanction préventive des limites à la révision constitutionnelle (*Section 1*).

2. *Le président de la République peut-il refuser la promulgation des lois de révision constitutionnelle contraires à ses limites.* De même si la réponse à cette question est affirmative, le pouvoir de promulgation du président de la République pourrait jouer un rôle préventif pour assurer la conformité des lois de révision constitutionnelle à ses limites. Car dans cette hypothèse, en refusant la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle, le président de la République pourrait empêcher son entrée en vigueur (*Section 2*).

4. Par exemple, sous la III^e République, J. Barthélemy et P. Duez estimaient qu'« une proposition (ou un projet) de révision portant sur la forme républicaine du Gouvernement doit être écartée *de plano* par la question préalable, par le président de chaque assemblée » (Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.896). Voir également Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.394-395.

Titre premier
LES SANCTIONS AUTRES QUE LE CONTROLE DE LA
CONSTITUTIONNALITE DES LOIS
CONSTITUTIONNELLES

On peut théoriquement envisager plusieurs sanctions pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. En effet, les différentes sanctions envisagées pour assurer la régularité des *lois ordinaires* avec la constitution sont transposables pour notre problème.

Dans ce but, nous allons suivre ici le raisonnement de Kelsen sur la question des garanties de la constitution. Dans un article intitulé « la garantie juridictionnelle de la constitution » publié dans la *Revue du droit public*, Hans Kelsen envisage les différentes sanctions pour assurer la conformité des lois ordinaires à la constitution¹. En effet, ces sanctions ne sont pas spécialement envisagées pour la constitutionnalité des lois, car comme le dit Kelsen lui-même, « ce sont les garanties générales que la technique juridique moderne a développées quant à la régularité des actes étatiques en général »².

Hans Kelsen divise d'abord ces sanctions en deux, telles les *sanctions préventives* et les *sanctions répressives*³. Ces dernières elles aussi se subdivisent entre elles en deux comme les sanctions *personnelles* et les sanctions *objectives*. Parmi les *sanctions personnelles*, Kelsen mentionne la possibilité de mise en jeu de la responsabilité du chef de l'Etat qui a promulgué la loi inconstitutionnelle et des ministres qui ont contresigné ses actes⁴. Les *sanctions objectives* sont la *nullité* et l'*annulabilité* de la loi constitutionnelle. Kelsen prévoit encore un contrôle minimum de la constitutionnalité des lois par les organes compétents pour leur publication.

1. Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution : la justice constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1928, p.197-257.

2. *Ibid.*, p.212.

3. *Ibid.*

4. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.364.

En suivant le développement de Kelsen, on peut énumérer les mesures techniques qui ont pour objet de garantir la conformité des lois à la constitution comme suit :

- I. Les sanctions préventives
- II. Les sanctions répressives
 - A. Les sanctions personnelles
 - 1. La responsabilité pénale du chef de l'Etat
 - 2. La responsabilité pénale des ministres
 - B. Les sanctions objectives
 - 1. La nullité
 - 2. L'annulabilité

* * *

Maintenant nous allons essayer de transposer ces sanctions dans notre problème. Ainsi suivant le schéma ci-dessus, nous envisagerons d'abord les *sanctions préventives* (Chapitre 1), ensuite les *sanctions répressives* (Chapitre 1) pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelles.

Chapitre premier

LES SANCTIONS PREVENTIVES

Les sanctions préventives sont celles qui « tendent à prévenir la confection des actes irréguliers »¹.

Parmi les très nombreuses sanctions purement préventives possibles pour assurer la régularité des actes étatiques, Kelsen prend en compte particulièrement « l'organisation de l'organe qui crée le droit en tribunal, c'est-à-dire l'indépendance garantie – par l'inamovibilité, par exemple – de l'organe, cette indépendance consistant en ce qu'il ne peut être juridiquement obligé, dans l'exercice de ses fonctions, par aucune norme individuelle (ordre) d'un autre organe et, en particulier, d'un organe supérieur ou appartenant à un autre groupe d'autorités et n'est lié par suite qu'aux seules normes générales et essentiellement aux lois et aux règlements légaux »².

Il faut tout de suite indiquer que cette garantie préventive (l'organisation de l'organe en tribunal) est par avance hors de cause en matière de révision constitutionnelle. Car, comme le remarque Hans Kelsen lui-même, « la législation, dont il s'agit ici en première ligne, ne peut pas être confiée à un tribunal ; non pas tant à cause de la diversité des fonctions législative et juridictionnelle que bien plutôt parce que l'organisation de l'organe législatif est essentiellement dominée par d'autres points de vue que celui de la constitutionnalité de son fonctionnement »³.

En matière de révision constitutionnelle aussi cette conclusion de Kelsen est à plus forte raison valable. En effet, puisque le pouvoir de révision constitutionnelle est supérieur aux autres organes constitués, l'indépendance de ce pouvoir est insensée. Il est inutile de dire que le pouvoir de révision constitutionnelle est indépendant et n'est juridiquement obligé, dans l'exercice de ses fonctions, par aucun ordre d'un autre organe. Au contraire, comme nous l'avons vu dans la partie préliminaire, du point de vue de sa fonction, le pouvoir de révision consti-

1. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.212-213.

2. *Ibid.*, p.213.

3. *Ibid.*

tutionnelle est supérieur aux autres organes. Alors seul l'organe de révision constitutionnelle lui-même peut apprécier la conformité des lois de révision constitutionnelle qu'il a adoptées aux limites à la révision constitutionnelle.

A cet égard, on peut seulement signaler que les dispositions de la constitution relatives à la procédure de révision constitutionnelle peuvent jouer un rôle *préventif* pour assurer la régularité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. Ainsi on peut envisager que le président de l'assemblée de révision constitutionnelle puisse refuser de soumettre à la discussion une proposition de révision constitutionnelle qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle⁴. De même si une telle proposition lui est présentée, l'assemblée de révision constitutionnelle ne doit pas l'adopter. Mais encore il faut signaler que c'est à cet organe de révision constitutionnelle et à lui seul d'apprécier si le texte qui lui est soumis est conforme ou contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

A propos des sanctions préventives, dans le cadre de la Constitution française de 1958, nous voulons discuter ici de deux questions suivantes :

1. Le président de la République peut-il interrompre la procédure de révision constitutionnelle, lorsqu'il s'agit d'une proposition ou d'un projet de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle ? En d'autres termes, le président de la République a-t-il le droit de ne pas donner suite aux propositions ou aux projets de révision constitutionnelle contraires aux limites à la révision constitutionnelle ? Si l'on donne une réponse affirmative à cette question, la possibilité du président de la République de suspendre la procédure de révision constitutionnelle peut être considérée comme une sanction préventive des limites à la révision constitutionnelle (Section 1).

2. Le président de la République peut-il refuser la promulgation des lois de révision constitutionnelle contraires à ses limites. De même si la réponse à cette question est affirmative, le pouvoir de promulgation du président de la République pourrait jouer un rôle préventif pour assurer la conformité des lois de révision constitutionnelle à ses limites. Car dans cette hypothèse, en refusant la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle, le président de la République pourrait empêcher son entrée en vigueur (Section 2).

4. Par exemple, sous la III^e République, J. Barthélemy et P. Duez estimaient qu'« une proposition (ou un projet) de révision portant sur la forme républicaine du Gouvernement doit être écartée *de plano* par la question préalable, par le président de chaque assemblée » (Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.896). Voir également Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.394-395.

Section 1

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE PEUT-IL INTERROMPRE LA PROCEDURE DE REVISION CONSTITUTIONNELLE ?

Comme nous l'avons vu dans la première partie¹, en France, dans le processus de révision constitutionnelle, le passage de la phase de l'élaboration de la révision constitutionnelle (le vote en termes identiques) à la phase de l'approbation dépend de la décision du président de la République. En effet, le président de la République accomplit différents actes dans ce passage. Par exemple, le choix entre l'approbation référendaire (art.89, al.2) et l'approbation parlementaire (art.89, al.3) appartient au président de la République. Dans la procédure parlementaire, l'ordre du jour du Congrès est fixé par le décret de convocation, signé par le président de la République et contresigné par le Premier ministre². Dans la procédure référendaire, il appartient également au président de la République de fixer la date de consultation et de convoquer les électeurs³. Alors, en profitant de ces pouvoirs, le président de la République pourrait interrompre la procédure de révision constitutionnelle en ne donnant pas suite aux propositions ou aux projets adoptés en termes identiques par les deux assemblées. Par exemple, le président de la République pourrait bloquer la procédure de révision constitutionnelle en ne choisissant pas l'une des procédures d'approbation après que le projet de révision a été voté par les deux assemblées en termes identiques⁴.

* * *

La question qui se pose dans cette section consiste à savoir si, en France, le président de la République peut interrompre la procédure de révision constitutionnelle. En effet, si la réponse de cette question est affirmative, la possibilité du président de la République de suspendre la procédure de révision constitutionnelle peut être considérée comme une garantie préventive pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle aux limites à la révision constitutionnelle. Car, dans cette hypothèse, en interrompant la procédure de révision constitutionnelle, le président de la République peut empêcher l'approbation d'une proposition ou d'un

1. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3.

2. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3. (Gaxie, *op. cit.*, p.1334-35; Branchet, *op. cit.*, p.32-34).

3. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3. (Gaxie, *op. cit.*, p.1334; Branchet, *op. cit.*, p.32).

4. D'ailleurs un tel cas s'est produit à deux reprises en 1973 et en 1974.

projet de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

Alors il importe de savoir si le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. En d'autres termes, le président de la République a-t-il le droit de ne pas donner suite aux propositions ou aux projets adoptés en termes identiques par les deux assemblées et en estimant qu'il sont contraires aux limites à la révision constitutionnelle ?

I. On peut théoriquement envisager *trois réponses* différentes à cette question.

A. D'abord on pourrait affirmer que le président de la République *est obligé de donner suite* à toutes les propositions et tous les projets adoptés en termes identiques. En effet, comme nous l'avons vu dans la première partie⁵, selon plusieurs auteurs, le président de la République n'a pas le droit d'interrompre la procédure de révision après que le projet de révision a été régulièrement approuvé par les deux assemblées⁶. Car, l'alinéa 3 précise qu'il n'est pas procédé à un référendum lorsque le président de la République *décide* de soumettre le projet de révision au Congrès. Ici, l'indicatif présent vaut l'impératif. Pourtant les mêmes auteurs notent que la Constitution ne fixe aucun délai, ainsi qu'il n'y a aucune procédure permettant d'obliger le président de la République à soumettre le projet au Congrès ou au référendum⁷.

Aucune proposition parlementaire n'a abouti jusqu'à ce jour. Mais comme le remarque le professeur Pierre Pactet⁸, on peut envisager le même problème pour les propositions parlementaires. Le président de la République peut-il s'opposer à la nécessaire consultation populaire ?

La même réponse est affirmée en ce qui concerne les propositions parlementaires par plusieurs auteurs. Comme nous l'avons vu dans la première partie⁹, selon plusieurs auteurs, la proposition de révision adoptée par les deux assemblées en termes identiques doit être nécessairement soumise au référendum. Par exemple selon le professeur Ardant, « le président de la République et le Gouvernement n'ont aucune possibilité d'intervenir dans la procédure..., ils seraient obligés d'organiser un référendum après l'approbation par les chambres d'un texte identiques »¹⁰. De même pour le professeur Pierre Pactet,

« il ressort des textes que le Président ne dispose que d'une compétence de procédure. L'absence de délai préfixé dans l'article 89, si elle laisse une certaine latitude au Président, ne lui confère évidemment pas un droit de veto à l'encontre des propositions d'origine parlementaire... Un refus du Président ou un ajournement abusif constitueraient une fraude à la constitution évidemment choquant »¹¹.

5. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3.

6. Un tel cas s'est produit à deux reprises en 1973 et en 1974.

7. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.107.

8. Pactet, *op. cit.*, p.504.

9. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3.

10. Ardant, *Institutions politiques*, *op. cit.*, p.82.

11. Pactet, *op. cit.*, p.504.

B. On peut envisager une *deuxième réponse* dans le sens contraire. On peut affirmer que *le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle*. Par exemple le président Dmitri Georges Lavroff pense qu'

« il est impossible de priver le président de la République du droit d'arrêter la procédure en ne soumettant pas le texte au congrès, lorsqu'il a annoncé qu'il suivait cette voie, ou en ne soumettant pas le texte au référendum, comme la procédure applicable en principe, le prévoit, car aucun délai n'est fixé par le texte constitutionnel ni par la loi organique ; surtout, aucune procédure particulière permettant de l'obliger à le faire n'est prévue par les textes »¹².

C. On peut envisager encore une *troisième réponse* qui est plus détaillée. Dans cette réponse, en faisant la distinction entre les propositions ou les projets de révision contraires aux limites à la révision constitutionnelle et les propositions ou les projets de révision conformes aux limites à la révision constitutionnelle, on affirme que le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision s'il s'agit des propositions ou des projets de révision contraires aux limites à la révision constitutionnelle¹³ ; mais il n'a pas un tel droit, lorsque la proposition ou le projet de révision est conforme aux limites à la révision constitutionnelle.

* * *

Alors selon la *première réponse*, le président de la République n'a pas le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Il doit donner suite aux propositions ou aux projets de révision constitutionnelle adoptés par les deux assemblées en tout état de cause.

Par contre selon la *deuxième réponse*, le président de la République a le droit d'interrompre ou de ne pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle en tout état de cause. Par conséquent, il peut donner suite aux propositions ou aux projets de révision qui seraient éventuellement contraires aux limites à la révision constitutionnelle. Il peut également interrompre la procédure s'il le veut. Tout dépend de la décision du président de la République.

Enfin, selon la *troisième réponse*, le président de la République peut avoir le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle à condition que la proposition ou le projet de révision soit contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Par exemple, si la proposition ou le projet de révision est contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement, ou bien s'il est fait lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, le président de la République peut et doit interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Mais si ce n'est pas le cas, le président de la République n'a pas un tel droit, il doit obligatoirement donner suite à la proposition ou au projet de révision constitutionnelle.

A notre avis, la troisième réponse a une faiblesse si on l'examine du point de vue de la *théorie de l'interprétation*. En effet, cette réponse est fondée sur la distinction entre les propositions et les projets qui sont conformes aux limites à la

12. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, op. cit., p.107.

13. Une telle hypothèse a été envisagée par Olivier Beaud. Selon lui, le président de la République pourrait « s'opposer à un projet ou une proposition s'il considère qu'un tel texte menace la forme républicaine du gouvernement » (*La puissance de l'Etat*, op. cit., p.395).

révision constitutionnelle et ceux qui ne le sont pas. Mais qui déterminera, et comment, si une proposition ou un projet de révision constitutionnelle voté en termes identiques par deux assemblées est contraire ou conforme aux limites à la révision constitutionnelle ? En l'absence d'organe juridictionnel, ceci dépend exclusivement de l'interprétation du président de la République. Et s'il a le droit de ne pas donner suite à de telles propositions, l'interprétation du président de la République a le caractère *authentique* ; c'est-à-dire qu'elle ne peut être juridiquement contestée et qu'elle est la seule à laquelle l'ordre juridique attache des conséquences¹⁴.

Par conséquent si le président de la République donne suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle, ceci signifie que cette proposition ou ce projet n'est pas contraire aux limites à la révision constitutionnelle, selon l'interprétation du président de la République. Et cette interprétation est la seule qui a une force juridique. Alors dans ce cas, le fait que le président de la République *ne donne pas* suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle signifie que cette proposition ou ce projet est juridiquement contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Ainsi, selon cette réponse, c'est au président de la République qu'il appartient de déterminer si la proposition ou le projet en question viole ou ne viole pas les limites à la révision constitutionnelle.

Comme on le voit, la conformité des propositions ou des projets de révision aux limites à la révision constitutionnelle est appréciée en tout état de cause selon l'interprétation du président de la République lui-même. Et seulement cette interprétation a le caractère authentique, c'est-à-dire qu'elle est la seule valable. Par conséquent, cette réponse est loin de résoudre le problème. Elle n'apporte aucune solution objective : tout dépend de l'interprétation du président de la République. En conséquence la troisième réponse n'est pas différente de la deuxième réponse : le président de la République peut interrompre la procédure de révision constitutionnelle, comme il le veut.

Alors on est loin de donner une réponse satisfaisante à la question que nous avons posée au début, c'est-à-dire celle de savoir si le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle.

* * *

II. Ainsi en admettant dès le début la difficulté d'apporter une réponse objective à la question de savoir si le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle, nous allons ici essayer de proposer une solution à ce problème.

A. A notre avis, le président de la République n'a pas *en principe* le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Ainsi il est obligé de donner suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle adopté conformément à sa procédure, c'est-à-dire par les deux assemblées en termes identiques. Il

14. Pour le caractère authentique d'une interprétation, voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.461 ; Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.*, p.36; « Le problème de l'interprétation », *op. cit.*, p.142.

résulte du texte de l'alinéa 3 de l'article 89 que lorsque le projet de révision n'est pas présenté au référendum, « le président de la République *décide* de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ». Alors *en principe*, le passage de la phase de vote en termes identiques à la phase de l'approbation est *obligatoire*.

B. Néanmoins on ne peut pas refuser au président de la République un *minimum de pouvoir de vérification*, car le président de la République est obligé de donner suite à une proposition ou à un projet, *si et seulement s'il existe une proposition ou un projet de révision constitutionnelle au sens de la Constitution*. Si un acte qui se présente comme une proposition ou un projet n'a pas pris réellement naissance, ou bien s'il est entaché des vices flagrants de procédures affectant l'existence même d'une telle proposition ou d'un tel projet, le président de la République peut et doit refuser de les soumettre au Congrès du parlement ou au référendum. En d'autres termes il pourrait et devrait bloquer la procédure de révision constitutionnelle.

Mais en dehors des irrégularités qui affectent l'existence même d'une proposition ou d'un projet de révision constitutionnelle, le président de la République n'a pas le droit d'interrompre la procédure sous prétexte que le contenu de révision constitutionnelle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

Maintenant voyons de plus près les irrégularités pour lesquelles le président de la République peut et doit interrompre la procédure de révision constitutionnelle et les irrégularités pour lesquelles le président de la République ne peut pas le faire.

1. Les irrégularités pour lesquelles le président de la République peut et doit interrompre la procédure de révision constitutionnelle

a) D'abord, le président de la République peut et doit refuser de donner suite aux actes qui se présentent comme une proposition de révision et *qui ne sont pas pourtant l'oeuvre des personnes ou des organes de révision constitutionnelle prévus par l'article 89 de la Constitution*. Par exemple, si la proposition est faite par une personne qui n'est pas le membre du Parlement, ou bien si la proposition est adoptée non pas par les deux assemblées, mais par un usurpateur. Dans cette hypothèse, le président de la République peut et doit refuser de donner suite à cet acte, car il s'agit d'une proposition « inexistante ».

Il faut signaler que dans cette hypothèse, il s'agirait, dans la plupart des cas, d'un changement révolutionnaire de la constitution. Et si le président de la République donne suite à un tel acte, il se trouve dans la complicité avec les auteurs de la révision révolutionnaire de la Constitution. Ce fait constitue la haute trahison et par conséquent la responsabilité pénale du président de la République peut être engagée. Mais ceci est en effet d'un événement du pouvoir constituant originaire que nous allons voir plus loin¹⁵. Ce fait ne peut être sanctionné que si la révision révolutionnaire de la Constitution reste en la phase de tentative. Si une telle

15. Ce titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1.

révision est réussie et si elle est devenue efficace, elle doit être considérée comme valable selon la nouvelle norme fondamentale qui est établie par cet événement du pouvoir constituant originaire.

b) Deuxièmement, le président de la République peut refuser de donner suite à une proposition ou à un projet de révision *qui a été voté par une seule assemblée, et non pas par « les deux assemblées »*. Car, dans ce cas aussi, le président de la République n'est pas en présence d'une proposition ou d'un projet de révision constitutionnelle au sens de l'alinéa 2 de l'article 89.

c) Troisièmement le président de la République peut refuser de donner suite à une proposition ou à un projet de révision *qui a été voté par les deux assemblées, mais non pas « en termes identiques »*. Car, il résulte de l'alinéa 2 de l'article 89 que le président de la République n'est pas obligé de donner suite à une proposition ou à un projet de révision qui n'est pas adopté « en termes identiques ».

d) Enfin, le président de la République peut et doit vérifier si *les règles de majorités dans le vote en termes identiques sont respectées*. Ainsi il devrait refuser de promulguer la loi constitutionnelle, si la proposition ou le projet n'est pas adopté par la majorité des suffrages exprimés. Car, si cette condition n'est pas remplie, ceci signifie que la proposition ou le projet de révision est rejeté, par conséquent le président de la République n'est pas évidemment tenu de les soumettre au Congrès ou au parlement. Au contraire il doit refuser de le faire.

Dans tous ces cas, il y a un vice flagrant qui affecte l'existence même de la proposition ou du projet de révision.

2. Les irrégularités pour lesquelles le président de la République ne peut pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle

Comme on l'a déjà remarqué, au-delà de ces vices flagrants de procédure affectant l'existence même de la proposition ou du projet, le président de la République ne peut pas refuser de donner suite à la proposition ou au projet voté par les deux assemblées en termes identiques, même s'il estime qu'il y a des irrégularités sur le fond.

Ainsi le président de la République ne peut pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle sous prétexte que la proposition ou le projet de révision constitutionnelle touche à la forme républicaine du Gouvernement ou qu'il a été fait lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

* * *

III. Soulignons encore une fois que notre réponse est loin d'être satisfaisante. En effet, comme la troisième réponse ci-dessus, elle a une faiblesse inévitable, si on la considère du point de vue de la *théorie de l'interprétation*. Comme on vient de le dire, notre réponse est fondée sur une distinction entre les éventuelles irrégularités. Si une proposition de révision est entachée de telle ou de telle irrégularité, le président de la République a le droit d'interrompre la procédure, mais si la

proposition est entachée d'autres irrégularités le président de la République n'a pas un tel droit.

Les irrégularités juridiques ne sont pas des qualités objectives. En matière de révision constitutionnelle aussi cette règle est valable. Les irrégularités des propositions ou des projets de révision constitutionnelle ne sont pas en soi observables; elles doivent être constatées. Par exemple, nous avons dit que le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision, si la proposition ou le projet de révision n'a pas été adopté « en termes identiques ». Puisque le fait de ne pas être adopté en termes identiques n'est pas un phénomène objectif, il faut d'abord déterminer si la proposition ou le projet de révision a été adopté « en termes identiques ». Sans doute, ceci est moins difficile que celui de déterminer si la proposition ou le projet de révision porte atteinte à la forme républicaine du Gouvernement. Mais, en tout état de cause, une proposition ou un projet de révision adopté par deux assemblées, mais non pas « en termes identiques », ne disparaît pas tout seul de l'univers juridique. Son inexistence doit être constatée par l'organe habilité. Sans ce constat, il existera toujours, et par conséquent peut avoir les effets juridiques, même s'il n'est pas adopté en termes identiques.

Alors qui déterminera, et comment, si la proposition ou le projet de révision est entaché ou non des irrégularités affectant leur existence même ? En l'absence d'organe juridictionnel, ceci dépend exclusivement de l'interprétation du président de la République. Par conséquent l'interprétation du président de la République aura le caractère *authentique* ; c'est-à-dire qu'elle ne peut être juridiquement contestée et qu'elle est la seule à laquelle l'ordre juridique attache des conséquences¹⁶.

Puisque l'interprétation du président de la République est juridiquement incontestable, si le président de la République donne suite à une proposition ou à un projet de révision, ceci signifie que cette proposition ou ce projet n'est pas entaché des irrégularités pour lesquelles il a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. En effet, dans une telle hypothèse, c'est à lui qu'il appartient le droit de déterminer si la proposition ou le projet en question est entaché d'une irrégularité. Si le président de la République ne donne pas suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle, ceci signifie que le président de la République estime que la proposition ou le projet en question est entaché des irrégularités pour lesquelles il a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Et cette interprétation du président de la République est la seule qui a une force juridique. Alors dans ce cas, le fait que le président de la République *ne donne pas* suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle signifie que cette proposition ou ce projet est entaché des irrégularités pour lesquelles il a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle, selon l'interprétation authentique du président de la République.

* * *

16. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.461.

IV. Alors la vraie question qui se pose ici est celle de savoir si l'interprétation du président de la République a vraiment le caractère authentique. Existe-t-il des moyens juridiques permettant de contester l'interprétation du président de la République ?

En d'autres termes, quelle sera la situation juridique, si le président de la République a interrompu la procédure de révision constitutionnelle lorsqu'il y a une proposition ou un projet de révision voté par les deux assemblées en termes identiques conformément à l'alinéa 2 de l'article 89 de la Constitution, ainsi que s'il n'a pas interrompu le processus dans le cas où il aurait dû le faire ?

D'abord, comme on l'a déjà indiqué, il n'existe pas de procédure permettant d'obliger le président de la République à soumettre le projet au référendum ou au Congrès du Parlement. D'ailleurs il n'existe pas non plus de procédure permettant d'obliger le président de la République à bloquer la procédure de révision constitutionnelle lorsque la proposition ou le projet est entachée des irrégularités pour lesquelles il aurait dû interrompre la procédure.

Il n'existe pas non plus encore de procédure permettant de mettre en cause l'interprétation du président de la République.

Dans ces hypothèses, pour contester l'interprétation du président de la République, on ne peut envisager qu'une procédure : *l'accusation du président de la République pour haute trahison*.

Comme le remarque Dmitri Georges Lavroff,

« la seule solution pour surmonter l'opposition du président de la République serait de l'accuser de haute trahison et de le traduire devant la Haute Cour de justice. En dehors de cette procédure exceptionnelle..., il n'y a pas de moyen juridique susceptible d'interdire au président de la République de stopper en fait la procédure ou de surmonter les effets de son inaction »¹⁷.

Egalement, si le président de la République n'a pas interrompu la procédure de révision dans le cas où il aurait dû le faire, sa responsabilité pour haute trahison peut être mise en jeu devant la Haute Cour de justice, car dans cette hypothèse, en soumettant au Congrès du Parlement ou au référendum un acte qui n'est pas une proposition ou un projet dans le sens de l'alinéa 2 de l'article 89 de la Constitution, le président de la République viole les obligations de sa charge. Et de ce fait, le président de la République peut être accusé de haute trahison par les deux assemblées statuant par un vote identique et jugé par la Haute Cour de justice.

Ainsi, l'on pourrait mettre en cause l'interprétation du président de la République à travers la procédure de haute trahison. Mais cette procédure reste tout à fait exceptionnelle et présente des problèmes particulières. Nous allons les voir plus loin. Mais notons toute de suite que la haute trahison n'est définie ni légalement ni jurisprudentiellement et que l'on admet généralement que la Haute Cour de justice a le pouvoir de libre appréciation dans la qualification des faits constituant le crime de Haute Cour de justice et de déterminer les peines.

17. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, op. cit., p.107.

Par conséquent, en dernière analyse, il appartient à la Haute Cour de justice de déterminer si le président de la République peut et doit interrompre la procédure de révision constitutionnelle si la proposition ou le projet de révision constitutionnelle est entaché de telle ou telle irrégularité. Alors les développements que nous avons faits ici ne sont que des réflexions personnelles. La Haute Cour de justice pourrait éventuellement faire des conclusions différentes. Par exemple, elle pourrait conclure que le président de la République ne peut pas vérifier si la loi de révision constitutionnelle est votée en termes identiques par les deux assemblées. Ou bien elle pourrait au contraire conclure que le président de la République peut suspendre la procédure de révision si la proposition ou le projet porte atteinte à la forme républicaine du Gouvernement.

Alors, dans l'état actuel du droit, il n'y a pas de solution positive à la question de savoir si le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle.

* * *

V. En conséquence, les pouvoirs accordés au président de la République dans la procédure de révision constitutionnelle sont loin de constituer une garantie préventive efficace pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle. Car, à ce propos il n'y a pas de règle juridique, ni de moyen permettant d'obliger le président de la République à interrompre ou ne pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Par conséquent, tout dépend de l'appréciation du président de la République. C'est-à-dire que s'il estime que la proposition ou le projet de révision est entaché d'une irrégularité, il peut interrompre la procédure de révision constitutionnelle. En d'autres termes, le président de la République a le pouvoir d'interprétation authentique dans ce domaine. Son interprétation n'est pas contestable juridiquement. La seule sanction est la mise en jeu de sa responsabilité pour haute trahison, et celle-ci reste exceptionnelle¹⁸. Alors le président de la République a la possibilité d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle, comme ceci s'est produit à deux reprises en 1973 et en 1974.

En conclusion, dans l'état actuel du droit, le président de la République peut interrompre la procédure de révision constitutionnelle, s'il estime que la proposition ou le projet de révision est entaché d'irrégularités, même s'il ne l'est pas selon l'interprétation de X ou de Y. Le président de la République peut également donner suite aux propositions ou aux projets de révision constitutionnelle, même s'ils sont entachés d'irrégularités selon l'interprétation de X ou de Y. A ce propos, seule l'interprétation du président de la République a le caractère authentique. Son interprétation ne peut être contestée qu'à travers la procédure de haute trahison.

18. Voir *infra*, ce titre, Chapitre 2, Sous-section 2.

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 2

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE PEUT-IL REFUSER LA PROMULGATION D'UNE LOI DE REVISION CONSTITUTIONNELLE CONTRAIRE AUX LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE ?

Dans cette section nous examinerons la question de savoir si le président de la République peut refuser la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle. En effet si l'on donne une réponse positive à cette question, le pouvoir de promulgation du président de la République pourrait constituer une garantie préventive pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle aux limites à la révision constitutionnelle. Car, dans cette hypothèse, en refusant la promulgation, le président de la République peut empêcher l'entrée en vigueur d'une loi de révision constitutionnelle qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

On peut aborder cette question d'abord dans un *cadre général* sans s'attacher aux dispositions constitutionnelles d'un pays (§ 1). Nous allons à ce titre suivre surtout les développements théoriques de Hans Kelsen sur la question de promulgation. Ensuite, à la lumière des solutions théoriques envisagées dans le cadre théorique, nous allons examiner ce problème à propos de la *France* (§ 2).

* * *

Mais il convient d'abord de faire *quelques remarques préliminaires*.

Notre *première remarque préliminaire* consiste à signaler la différence qui existe entre la *promulgation* et la *ratification*, autrement dit entre le refus de promulgation et le droit de veto absolu. Si le chef de l'Etat a le droit de ratification des lois de révision constitutionnelle, c'est-à-dire s'il a le droit de *veto absolu*, il peut empêcher l'entrée en vigueur d'une loi de révision constitutionnelle, estimant qu'elle est contraire à ses limites. Pour cela, il lui suffit d'utiliser son droit de veto. Dans cette hypothèse, la question de savoir si le président de la République peut refuser la promulgation des lois constitutionnelles ne se pose même pas, car le président de la République a le droit de veto constitutionnel, et ceci implique que sans sa sanction la loi constitutionnelle n'est pas parfaite.

Cependant, comme nous l'avons vu dans la première partie¹, le veto du chef de l'Etat en matière de révision constitutionnelle n'est pas en général un droit absolu et reste exceptionnel. Seules la Constitution cubaine de 1959 et la Constitution indienne de 1949 accordent un droit de veto absolu au chef de l'Etat. Dans les monarchies aussi les rois ont le droit de veto absolu en matière des lois constitutionnelles, comme en matière des lois ordinaires. Par exemple, en Jordanie, les lois constitutionnelles ne peuvent être entrées en vigueur sans la ratification du Roi (art.126 de la Constitution de 1952). Egalement, dans toutes les monarchies constitutionnelles, théoriquement, les lois constitutionnelles doivent être ratifiées par les monarques. Mais dans les monarchies constitutionnelles européennes, ce droit reste symbolique. De plus, les monarques bénéficient d'un statut d'irresponsabilité totale. Alors si le chef de l'Etat a le droit de veto absolu, il peut empêcher l'entrée en vigueur d'une loi de révision constitutionnelle qui est contraire à ses limites, en mettant son veto.

Mais, si le chef de l'Etat n'a qu'un droit de *veto suspensif*, la question de savoir si le chef de l'Etat peut refuser la promulgation des lois de révision constitutionnelle se pose tôt ou tard. Car, dans cette hypothèse, si le chef de l'Etat estime que la loi constitutionnelle en question est contraire aux limites à la révision constitutionnelle, il peut la renvoyer au parlement en vue d'une nouvelle délibération. Et dans ce cas, comme nous l'avons vu dans la première partie², il y a deux solutions envisagées :

Dans la première, si le parlement adopte la même loi constitutionnelle à nouveau et avec la même majorité, le chef de l'Etat doit promulguer la loi constitutionnelle. Ce pouvoir est donc une sorte de veto suspensif accordé au chef de l'Etat en matière de révision constitutionnelle. Par conséquent, le veto suspensif du chef de l'Etat dans cette hypothèse peut retarder la promulgation, mais en fin de compte, la question de la promulgation se posera.

Dans la deuxième solution envisagée, le veto du chef de l'Etat ne peut être levé que par une majorité plus élevée que celle de la première délibération. Dans cette hypothèse, le chef de l'Etat peut non seulement retarder, mais aussi *empêcher* la promulgation de la loi constitutionnelle. Ainsi certaines constitutions exigent une majorité plus élevée dans la seconde délibération que celle dans la première délibération pour l'adoption de la loi constitutionnelle renvoyée au Parlement par le chef de l'Etat. Par exemple, comme nous l'avons vu dans la première partie³, selon la Constitution turque (art.175, al.3), le président de la République peut renvoyer à l'Assemblée nationale les lois constitutionnelles adoptées à la majorité des trois cinquièmes en vue d'une nouvelle délibération. Dans cette nouvelle délibération, pour lever le veto présidentiel, l'Assemblée nationale doit adopter la même loi constitutionnelle à la majorité des deux tiers. Comme on le voit, le veto présidentiel alourdit la condition d'adoption de la loi constitutionnelle. Ainsi, s'il n'existe pas

1. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Paragraphe unique, C, 3, a.

2. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Paragraphe unique, C, 3, a.

3. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 3, D.

une majorité exigée au parlement, le chef de l'Etat peut empêcher la promulgation de la loi constitutionnelle par sa demande d'une nouvelle délibération.

Alors si la constitution donne au chef de l'Etat le droit de veto absolu ou celui de la demande d'une nouvelle délibération, le chef de l'Etat peut employer ce droit, et par conséquent il peut empêcher ou retarder la promulgation de la loi constitutionnelle. Ceci est différent de la promulgation.

Notre *deuxième remarque préliminaire* consiste à dire que parfois les constitutions elles-mêmes apportent une réponse à la question de savoir si le président de la République peut refuser la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle. Par exemple, selon la Constitution portugaise, les révisions constitutionnelles sont définitives si elles sont approuvées à la majorité des deux tiers des députés effectivement en fonction. L'article 286 de cette Constitution précise que « le président de la République ne peut pas refuser de promulguer la loi de révision ». Enfin, il faut citer, comme une solution intéressante, l'article 60 de la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 prévoyant que les lois de révision constitutionnelle seront promulguées par le Bureau de la Chambre des Députés, et non pas par le président de la République (art.60). Dans de tels cas non plus, la question de savoir si le président de la République peut refuser la promulgation des lois de révision constitutionnelle ne présente aucune difficulté, car la question a une solution positive.

* * *

Alors notre question ne se pose que dans les systèmes où la constitution ne confère pas au chef de l'Etat le droit de veto absolu et ne contient pas une solution positive à cette question. Alors dans de tels systèmes, le chef de l'Etat peut-il refuser de promulguer une loi de révision constitutionnelle qui dépasse ses limites ?

Nous allons voir ce problème d'abord en général et surtout à l'aide des développements de Hans Kelsen sur ce point. Ensuite, nous allons le discuter sur l'exemple de la France.

§ 1. EN GENERAL

Nous devons tout de suite noter que les développements de Hans Kelsen concernent les lois ordinaires, et non pas les lois constitutionnelles. C'est pourquoi, nous allons d'abord expliquer le raisonnement de Hans Kelsen sur la promulgation des *lois ordinaires* (A), ensuite nous essaierons de l'appliquer à la question de la promulgation des *lois constitutionnelles* (B).

A. Hans Kelsen constate d'abord que les « lois ne deviennent obligatoires qu'après avoir été publiées par les soins du gouvernement dans un *Journal Officiel*..., c'est-à-dire dans un recueil imprimé au nom du gouvernement »⁴.

4. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.361-362.

Selon Kelsen, les organes compétents pour promulguer les lois ont inévitablement « *un minimum de pouvoir de contrôle* »⁵. Ce « minimum de pouvoir de contrôle » contient le pouvoir d'examiner si ce qui a la signification subjective de la loi a bien été décidé par l'organe compétent à cet effet selon la Constitution⁶. Ainsi, d'après Kelsen, l'organe qui a mission d'assurer la publication des lois « ne peut pas être tenu de publier comme loi... tout acte qui se présente lui-même comme tel et prétend à l'être »⁷. L'organe gouvernemental compétent pour la publication doit

« nécessairement pouvoir examiner au minimum si ce qui se présente subjectivement comme loi a été réellement décidé par l'organe constitutionnellement investi du pouvoir législatif, même s'il n'est pas admis à examiner ni si la procédure suivant laquelle la décision a été prise, ni si le contenu de la décision sont conformes à la Constitution »⁸.

Alors, le pouvoir de l'organe compétent pour la publication des lois de contrôler leur constitutionnalité ne peut être complètement exclu⁹. Selon Kelsen, l'organe compétent pour la promulgation a le pouvoir de

« décider au minimum si ce qui se donne subjectivement comme une loi est bien l'oeuvre de l'organe investi du pouvoir législatif par la Constitution. Si sur cette question l'organe compétent se prononce dans le sens de la négative, par exemple parce que ce qui se présente avec la prétention d'être une loi obligatoire n'a pas été voté par le Parlement investi par la Constitution du pouvoir législatif, mais émane d'un usurpateur, il refusera la publication. [...] Si ceci ne se produit pas et si les normes générales édictées par l'usurpateur deviennent de la sorte efficaces, on a affaire à un changement révolutionnaire de Constitution, et par là même à une loi conforme à la nouvelle Constitution, donc constitutionnelle »¹⁰.

Ainsi si la loi émane de l'organe de la législation, l'organe compétent pour la publication ne peut pas refuser de promulguer la loi, même s'il estime que la loi en question n'est pas adoptée conformément à la procédure de la législation fixée par la constitution et que le contenu de cette loi est contraire à la constitution. Il en résulte que

« seul l'organe de législation a le pouvoir de décider lui-même si la loi qu'il adopte est constitutionnelle, c'est-à-dire si tant la procédure suivant laquelle il l'a adopté que le contenu qu'il lui a donné sont conformes à la Constitution ; en ce cas, la décision positive de cette question est incluse dans le fait même de l'édition d'une loi par l'organe légiférant. Ceci signifie que tout ce que cet organe de la législation édicte comme loi doit être considéré comme loi au sens de la Constitution, que les normes qui sont la signification subjective d'un acte posé par l'organe législatif ont la signification objective de normes juridiques même lorsque – selon les vues de X. ou de Y. – la loi n'est pas conforme aux normes de la Constitution qui règlent la procédure de la législation et le contenu des lois »¹¹.

* * *

5. *Ibid.*, p.361.

6. *Ibid.*, p.362.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*, p.365.

10. *Ibid.* p.366.

11. *Ibid.*, p.362.

B. Essayons maintenant d'appliquer ce raisonnement à la promulgation des *lois de révision constitutionnelle* par le chef de l'Etat.

Le chef de l'Etat, étant l'organe compétent pour promulguer les lois de révision constitutionnelle, a le « minimum de pouvoir de contrôle ». Ce pouvoir consiste à vérifier si ce qui a la signification subjective de la loi de révision constitutionnelle a bien été décidé par l'organe compétent à cet effet selon la Constitution¹². Ainsi le chef de l'Etat ne peut pas être tenu de publier comme loi de révision constitutionnelle tout acte qui se présente lui-même comme tel et prétend à l'être¹³. Le chef de l'Etat doit nécessairement pouvoir examiner au minimum si ce qui se présente subjectivement comme loi de révision constitutionnelle a été réellement décidé par l'organe constitutionnellement investi du pouvoir de révision constitutionnelle, même s'il n'est pas admis à examiner ni si la procédure suivant laquelle la décision a été prise, ni si le contenu de la décision sont conformes à la Constitution¹⁴.

Alors, le pouvoir du contrôle de la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle par le chef de l'Etat ne peut être complètement exclu¹⁵. Le chef de l'Etat a le pouvoir de décider au minimum si ce qui se donne subjectivement comme une loi de révision constitutionnelle est bien l'oeuvre de l'organe investi du pouvoir de révision constitutionnelle par la Constitution. Si sur cette question le chef de l'Etat se prononce dans le sens de la négative, par exemple parce que ce qui se présente avec la prétention d'être une loi de révision constitutionnelle obligatoire n'a pas été voté par l'organe investi par la Constitution du pouvoir constituant dérivé, mais émane d'un usurpateur, il refusera la publication¹⁶. Si ceci ne se produit pas et si les normes générales édictées par l'usurpateur deviennent de la sorte efficace, on a affaire à un changement révolutionnaire de Constitution, et par là même à une loi de révision constitutionnelle conforme à la nouvelle Constitution, donc constitutionnelle¹⁷.

Bref le chef de l'Etat ne peut refuser de promulguer un acte qui se présente comme loi de révision constitutionnelle que si cet acte n'est pas l'oeuvre de l'organe de révision constitutionnelle prévu par la constitution. Par contre, le chef de l'Etat ne peut pas refuser de promulguer une loi de révision constitutionnelle qui émane de l'organe investi du pouvoir de révision constitutionnelle par la Constitution.

Si le chef de l'Etat promulgue un acte qui se présente comme loi de révision constitutionnelle et cependant qui n'est pas l'oeuvre de l'organe de révision constitutionnelle prévu par la constitution, qui émane par exemple d'un usurpateur, le chef de l'Etat commet une violation grave de ses devoirs. Par conséquent, il peut être mis en accusation pour haute trahison et être jugé par une Cour spéciale. Mais ceci n'est qu'une hypothèse d'école, car si la loi de révision constitutionnelle ainsi

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*, p.365.

16. *Ibid.*, p.366.

17. *Ibid.*

promulguée devient efficace, il y a une révision révolutionnaire de la constitution, par conséquent, comme nous allons le voir plus bas¹⁸, il est inutile de chercher une sanction à un événement du pouvoir constituant originaire.

Par contre, le chef de l'Etat ne peut pas refuser de promulguer une loi de révision constitutionnelle qui émane de l'organe investi du pouvoir de révision constitutionnelle par la Constitution. En d'autres termes, si l'acte qui se présente comme la loi de révision constitutionnelle a été décidé réellement par l'organe constitutionnellement investi du pouvoir de révision constitutionnelle, le chef de l'Etat n'a pas le droit de refuser de promulguer cette loi de révision constitutionnelle, même s'il estime que la procédure suivant laquelle cette loi a été adoptée est contraire à la constitution, ou qu'elle dépasse ses limites.

Dans cette hypothèse, on doit admettre que seul l'organe de révision constitutionnelle a le pouvoir de décider lui-même si la loi de révision constitutionnelle qu'il adopte est conforme aux règles de la constitution qui déterminent la procédure et parfois le contenu de révision constitutionnelle. Ceci signifie que tout ce que cet organe de révision constitutionnelle édicte comme loi de révision constitutionnelle doit être considéré comme loi de révision constitutionnelle au sens de la Constitution, même si cette loi de révision constitutionnelle n'est pas conforme aux normes de la Constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle et le contenu des lois constitutionnelles selon les vues de X ou de Y.

Alors, selon notre conclusion, le chef de l'Etat n'a pas le droit de refuser une loi de révision constitutionnelle adoptée par l'organe compétent, même s'il estime qu'il y a une irrégularité dans la procédure de révision constitutionnelle, ou bien que le contenu de la loi de révision constitutionnelle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

Voyons maintenant ce problème à propos de la France.

§ 2. EN FRANCE

En France, le président de la République peut-il refuser de promulguer une loi de révision constitutionnelle ?

Cette question a été directement abordée sous la III^e République, par Esmein et Carré de Malberg.

Esmein fait la distinction suivante :

« Si nous supposons une loi de révision constitutionnelle votée irrégulièrement, comme la proposition a été faite, par une Assemblée Nationale réunie simplement pour procéder à l'élection du Président, il ne saurait y avoir aucune doute. Cette loi est inexistante, elle a été votée par une Assemblée qui n'avait à aucun degré le pouvoir de pouvoir constituant ; elle n'a plus valeur que n'en aurait un projet de loi voté par un collège électoral réuni

18. Ce titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1.

pour élire un député ou un sénateur. Le Président de la République n'en devrait tenir aucun compte et ne lui donner aucune suite »¹⁹.

Par contre, lorsqu'« il s'agit d'une Assemblée nationale réunie pour opérer la révision conformément aux prescriptions de l'article 8, et qui dépasserait les limites fixées à la révision ainsi ouverte, la question est beaucoup plus délicate ». Dans cette hypothèse, selon Esmein,

« en principe et en droit, le Président de la République ne pourrait refuser absolument la promulgation ; *mais il y a lieu de se demander s'il ne pourrait pas la retarder indéfiniment, ce qui reviendrait au même*. En effet, le délai dans lequel cette promulgation devrait intervenir n'est pas fixé par la Constitution »²⁰.

En revanche selon Carré de Malberg, la thèse selon laquelle le président de la République peut retarder indéfiniment la promulgation

« est inconciliable avec le système général et l'esprit de la Constitution de 1875. Déjà, dans les rapports du Président avec les Chambres et en ce qui concerne les lois ordinaires, la promulgation n'est pas pour le chef de l'Exécutif un moyen d'action sur la législation ou de résistance contre le Parlement : mais elle a été conçue, dans le droit public actuel comme une obligation exécutive, qui s'impose strictement au Président et qui doit être remplie par lui dans un bref délai. A plus forte raison, dans ses rapports avec l'Assemblée nationale, le Président n'a-t-il aucunement qualité pour apprécier la validité intrinsèque des lois de révision et l'on ne concevrait pas qu'il puisse user de son pouvoir de promulgation pour opposer à ces lois une résistance, de quelque nature qu'elle soit »²¹.

Par contre, autant que nous le sachons, la question de savoir si le président de la République peut refuser la promulgation des *lois constitutionnelles* n'a pas été directement abordée sous la V^e République²².

Pourtant, cette question n'est pas différente de celle de savoir si le président de la République peut refuser la promulgation d'une *loi ordinaire*, car les lois constitutionnelles ne sont pas différentes des lois ordinaires du point de leur promulgation. En effet, du point de vue formel, le mot « loi » comprend parfaitement la loi constitutionnelle. Comme le remarque François Luchaire, il suffit de regarder la formule finale et de promulgation de la Constitution pour s'en rendre compte²³ : « la présente *loi* sera exécutée comme Constitution de la République ». Egalement les lois constitutionnelles sont promulguées par le président de la République selon la formule suivante :

19. Esmein, *op. cit.*, t.II, p.551.

20. *Ibid.*, p.551-552. C'est nous qui soulignons. L'absence de délai de promulgation a été soulignée encore par Hauriou (*Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p.335).

21. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.602. En ce sens voir également Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p.897-898. Selon les auteurs, le président de la République devra promulguer les lois constitutionnelles « dans le plus bref délai possible » (*Ibid.*, p.898).

22. Toutefois voir Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.395-396. Mais le professeur Beaud ne cite que les thèses défendues sous la III^e République.

23. François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, p.125.

« Le congrès a adopté,
Le Président de la République promulgue la *loi* dont la teneur suit :
...
La présente *loi* sera exécutée comme la loi de l'Etat »²⁴.

Alors la loi constitutionnelle n'est pas différente de la loi ordinaire du point de vue de sa promulgation. On peut donc transformer le débat de la question de la promulgation des lois ordinaires en celui de la question de la promulgation des lois constitutionnelles. Si le président de la République peut refuser la promulgation d'une loi ordinaire, il peut aussi refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle adoptée par le Congrès du Parlement. Par conséquent nous allons d'abord voir la question de la *promulgation des lois ordinaires* (A). Et ensuite, à la lumière des solutions envisagées concernant les lois ordinaires, nous allons essayer de proposer les solutions sur la question de la *promulgation des lois constitutionnelles* (B).

* * *

A. La question de savoir si le président de la République peut refuser la promulgation d'une *loi ordinaire* a été longuement examinée dans la doctrine du droit constitutionnel française.

Pour commencer, il convient de remarquer, comme signification de la promulgation, avec Carré de Malberg, que la promulgation « est d'abord une constatation de l'adoption de la loi par l'organe législatif ; secondement, elle est certification de l'existence de la loi et de son texte ; enfin, elle est l'affirmation de sa valeur impérative et exécutoire »²⁵.

Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Commune de Montory et autres*, a défini la promulgation comme suit :

« La promulgation est l'acte par le quel le chef de l'Etat atteste l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi ; que cet acte n'a d'autre date que celle de sa signature, bien qu'il ne prenne effet, comme la loi elle-même, qu'après avoir été publié dans les conditions fixées par les lois et règlements et, notamment, par le décret du 5 novembre 1870 »²⁶.

La promulgation est opérée par un décret du président de la République et elle est suivie de la publication²⁷. Dans la doctrine du droit constitutionnel français, les

24. Voir par exemple, la promulgation de la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993, *Journal officiel*, 28 juillet 1993.

25. Carré de Malberg, *Contribution... op. cit.*, t.I, p.429.

26. C.E., Ass. 3 février 1974, *Commune de Montory et autres*, Rec., p.93.

27. La différence entre la *promulgation* et la *publication* : la première rend la loi *exécutoire*, la deuxième la rend *opposable* aux citoyens (Marcel Waline, « Introduction », Jacques Bernard Herzog, Georges Vlachos et Marcel Waline (sous la direction de -), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les Editions de l'Épargne, 1961, p.4 ; Jean Massot, « Commentaire de l'article 10 », in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de -), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.402 ; Edouard

décrets de promulgation sont unanimement présentés comme étant de *compétence liée* et non pas de discrétionnaire. La promulgation est alors de *caractère obligatoire*. Le président de la République est tenu de promulguer une loi adoptée par les deux assemblées législatives²⁸.

Cependant, tout en acceptant le caractère obligatoire de la promulgation, les mêmes auteurs attribuent au président de la République la faculté de refuser la promulgation d'une *loi inexistante*²⁹. Selon Carré de Malberg, pour que le président de la République soit tenu de les promulguer, il faut que « ces lois aient *pris réellement naissance* »³⁰. Pour Hauriou aussi, le président de la République a

« le droit de vérifier s'il est en présence d'une *loi extérieurement régulière*. Il n'est obligé de promulguer que les lois qui ont été régulièrement adoptées par l'une et l'autre Chambres en les mêmes termes et en vertu de la transmission régulière d'un même projet. Par conséquent il pourrait et devrait refuser de promulguer les lois qui n'ont pas été votées que par une seule Chambre ; celles qui n'ont pas été en termes identiques par les deux Chambres... Il devrait également refuser de promulguer les lois qui n'auraient pas été régulièrement votées par l'une ou l'autre des Chambres, c'est-à-dire où les formes constitutionnelles et les règles de la majorité dans les scrutins auraient été violées »³¹.

Egalement, les mêmes auteurs notent qu'« au-delà des *vices flagrants de procédure*, de même que pour toute contestation juridique sur le fond »³², le président de la République ne pourrait pas refuser la promulgation de la loi votée par le Corps législatif. Ainsi, comme le remarque Hauriou, il ne pourrait pas refuser de promulguer « une loi sous prétexte qu'elle serait inconstitutionnelle par violation de l'esprit de la Constitution, car la question serait presque toujours litigieuse »³³.

Alors selon ces auteurs, le président de la République pourrait et devrait refuser la promulgation d'une loi qui est « inexistante », qui n'a pas pris « réellement naissance », qui est « extérieurement régulière » ou une loi qui est entachée d'une

Sauvignon, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *Revue du droit public*, 1981, p.991.

28. Pour le caractère obligatoire de la promulgation voir : Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, t.I, p.413; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t.IV, 1924, p.631 ; Esmein, *op. cit.*, p. t.II, p.67, note 21 ; Hauriou, *Précis du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.438 ; Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.1037 ; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.487 ; Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.341; Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.636 ; Duverger, *Le système politique française*, *op. cit.*, p.282. Gicquel, *Droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.682 ; Prélôt et Boulouis, *op. cit.*, p.723; Edouard Sauvignon, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence *Desreumeaux* », *Revue du droit public*, 1981, p.991; Jean Massot, « Commentaire de l'article 10 », in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de -), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.397. Voir les solutions étrangères (Allemagne, Belgique, Etats-Unis, Grande Bretagne, Grèce, Italie, Mexique, Pologne, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie et Yougoslavie) Herzog, Vlachos et Waline, *op. cit.*, *passim*.

29. Sauvignon, *op. cit.*, p.1002.

30. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* *op. cit.*, t.I, p.451. C'est nous qui soulignons.

31. Hauriou, *op. cit.*, 1929, p.440. C'est nous qui soulignons.

32. Sauvignon, *op. cit.*, p.1002. C'est nous qui soulignons.

33. Hauriou, *op. cit.*, p.440.

« vice flagrant de procédure ». Et en dehors de ces cas, le président de la République est obligé de promulguer la loi qui est adoptée par l'organe législatif, même s'il juge qu'il y a des irrégularités sur le fond.

Mais quelle est la sanction de ces obligations du président de la République ?

D'abord il n'existe pas de procédure permettant d'invalider le décret de promulgation au cas où le président de la République a promulgué une loi qui n'a pas été régulièrement adoptée. Le décret de promulgation du président de la République est considéré comme un acte de gouvernement par le Conseil d'Etat³⁴. Il n'existe pas non plus une procédure permettant d'obliger le président de la République de promulguer une loi qui a été régulièrement adoptée.

Dans ces hypothèses, on ne peut envisager qu'une sanction : le refus pur et simple de promulguer la loi adoptée régulièrement par l'organe législatif constituerait un manquement particulièrement grave à la constitution, et par conséquent pourrait entraîner la mise en jeu de la responsabilité du président de la République pour haute trahison³⁵. Egalement, si le président de la République n'a pas refusé de promulguer une loi dans le cas où il aurait dû le faire, sa responsabilité pour haute trahison peut être mise en jeu devant la Haute Cour de justice. Mais la responsabilité du président de la République pour haute trahison représente des problèmes particuliers. Nous allons voir plus tard la question de la responsabilité du président de la République pour haute trahison.

* * *

B. Essayons maintenant d'appliquer ce raisonnement à la *promulgation des lois constitutionnelles* par le président de la République.

Ainsi, selon notre conclusion ci-dessus, en France, la promulgation des lois constitutionnelles est en principe de *caractère obligatoire*. Le président de la

34. C.E., 3 novembre 1933, *Desreumeaux, Rec.*, p.993. Commenté par R. Alibert, *Sirey*, 1934.3.9 et A. Gros, *Dalloz*. 1934-3-36. Voir également Sauvignon, *op. cit.*, p.1003-1007; Henry Puget et Jean-Claude Séché. « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », in Herzog, Vlachos et Waline, *op. cit.*, p.84. (En Allemagne, « la promulgation est soumise aux règles générales relatives au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois... Chaque tribunal est... tenu de contrôler la constitutionnalité des lois quant à la forme ou au fond, si les doutes surgissent à ce sujet... Si le tribunal considère que la promulgation est défectueuse, il devra, conformément à l'article 100 al.1 de la Loi fondamentale à l'instar de toute autre cas de vise d'inconstitutionnalité, suspendre l'instance en cours et soumettre la question à la décision du Tribunal constitutionnel fédéral » (Hans-Joachim Hallier, « La promulgation et la publication des lois et règlements dans la République fédérale d'Allemagne », in Herzog, Vlachos et Waline, *op. cit.*, p.22).

35. Esmein, *op. cit.*, t.I, p.71 ; Sauvignon, *op. cit.*, p.1002 ; Turpin, *op. cit.*, p.367. (En Allemagne aussi l'on considère que « si le président de la république ne procède pas à la promulgation dans un délai convenable ou s'il refuse la promulgation, sans raison valable selon l'opinion d'un autre organe constitutionnel..., la Chambre fédérale ou le Conseil fédéral, par une décision prise à la majorité des deux tiers, peuvent mettre en accusation la président fédéral devant le Tribunal constitutionnel, pour violation intentionnelle de la Loi fondamentale (Hallier, *op. cit.*, p.18).

République est tenu de promulguer une loi constitutionnelle adoptée par le Parlement réuni en Congrès ou par le référendum du peuple.

Cependant, tout en acceptant le caractère obligatoire de la promulgation des lois constitutionnelles, il faut admettre que le président de la République a la faculté de refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle « inexistante ». En d'autres termes, le président de la République n'est pas tenu de promulguer, une loi constitutionnelle qui n'a pas pris « réellement naissance ». C'est-à-dire que le président de la République a le droit de vérifier s'il est en présence d'une loi constitutionnelle « extérieurement régulière », ou entachée d'un « vice flagrant de procédure ».

Cependant, au-delà de ces *vices flagrants de procédure*, le président de la République ne peut pas refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle adoptée par l'organe de révision constitutionnelle sous prétexte qu'elle est contraire à la constitution *sur le fond*.

En résumé, le président de la République pourrait et devrait refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle qui est « inexistante », qui n'a pas pris « réellement naissance », qui est « extérieurement régulière » ou qui est entachée d'un « vice flagrant de procédure ». Et en dehors de ces cas, le président de la République est obligé de promulguer la loi constitutionnelle qui a été adoptée par l'organe de révision constitutionnelle, même s'il juge qu'il y a des irrégularités sur le fond.

Voyons maintenant de plus près les irrégularités possibles d'une loi constitutionnelle.

On peut envisager les différents cas d'irrégularités. Dans une partie de ces irrégularités, le président de la République peut et doit refuser de promulguer loi constitutionnelle. Mais dans d'autres parties, le président de la République est tenu de promulguer la loi constitutionnelle en question.

1. Les irrégularités pour lesquelles le président de la République peut et doit refuser de promulguer loi constitutionnelle

a) D'abord, le président de la République pourrait et devrait refuser de promulguer comme loi constitutionnelle les *actes qui ne sont pas l'oeuvre des organes de révision constitutionnelle* prévus par l'article 89 (et de l'article 11) de la Constitution. Ainsi le président de la République doit refuser de promulguer des actes qui émanent, non pas du Congrès du Parlement et du peuple statuant par référendum, mais d'un usurpateur. Le président de la République peut et doit refuser de le promulguer, car dans cette hypothèse, il n'existe pas de loi constitutionnelle.

Il faut signaler que dans cette dernière hypothèse, il y a dans la plupart des cas un changement révolutionnaire de la constitution, car il s'agit d'un acte qui n'est pas l'oeuvre de l'organe de révision constitutionnelle prévu par la constitution, mais qui

émane par exemple d'un usurpateur. Et si le président de la République promulgue cet acte comme loi constitutionnelle, c'est-à-dire s'il atteste son existence et sa force obligatoire, le président de la République est dans la complicité avec les auteurs de la révision révolutionnaire de la Constitution ; autrement dit il est l'un des auteurs du coup d'Etat. Ce fait constitue la haute trahison et par conséquent la responsabilité pénale du président de la République pourrait être engagée. Mais ceci est un événement du pouvoir constituant originaire. Comme on va le voir plus bas³⁶, ce fait ne pourrait être sanctionné que si la révision révolutionnaire de la Constitution reste dans la phase de tentative. Si une telle révision est réussie et si elle est devenue efficace, elle doit être considérée comme valable selon la nouvelle norme fondamentale qui a été établie par le nouveau pouvoir constituant originaire.

b) Deuxièmement, le président de la République peut refuser de promulguer des lois constitutionnelles qui émanent des organes de révision constitutionnelle, mais qui n'ont pas été adoptées dans une procédure irrégulière, autrement dit, qui sont *entachées des « vices flagrants de procédure »*.

aa) D'abord, *si la procédure de révision constitutionnelle n'a pas été encore terminée*, le président de la République peut et doit refuser de promulguer la loi constitutionnelle. Par exemple, selon l'article 89, « la révision est définitive après avoir été approuvée par référendum » (al.2) ou par le Congrès du parlement (al.3). Alors, si une proposition ou un projet de révision constitutionnelle a été voté par les deux assemblées en termes identiques, mais n'a pas été approuvé par référendum ou par le Congrès du Parlement, le président de la République peut et doit refuser de le promulguer, car, dans une telle hypothèse, la loi constitutionnelle n'a pas pris encore réellement naissance.

bb) D'autre part, même si la loi constitutionnelle a été approuvée par référendum ou par le Congrès du Parlement, et *si le projet ou la proposition de cette loi constitutionnelle n'a pas été voté par les deux assemblées en termes identiques*, le président de la République peut et doit refuser de la promulguer. Car, il y a ici un vice flagrant de procédure. Sans le vote identique des deux assemblées, le Congrès du parlement ne peut pas statuer sur le projet de révision constitutionnelle.

c) Egalement, *le président de la République peut et doit vérifier si les règles de majorités dans les scrutins sont respectées*. Ainsi il devrait refuser de promulguer la loi constitutionnelle, si elle n'est pas adoptée par une majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés dans le Congrès, car le Congrès du Parlement ne peut exprimer sa volonté qu'en respectant cette condition de majorité. Si cette condition n'est pas remplie, il n'existe pas de volonté valablement exprimée de l'organe de révision constitutionnelle. Par conséquent le président de la République, qui a le devoir d'attester l'existence d'une loi constitutionnelle par son acte de promulgation, pourrait et devrait refuser la promulgation d'un tel acte comme loi constitutionnelle.

36. Ce titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1.

2. Les irrégularités pour lesquelles le président de la République ne peut pas refuser la promulgation

Comme on l'a déjà remarqué, au-delà de ces *vices flagrants de procédure*, le président de la République ne pourrait pas refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle adoptée par le l'organe de révision constitutionnelle, même s'il estime qu'il y a des irrégularités sur le fond.

Ainsi le président de la République ne peut pas refuser de promulguer une loi constitutionnelle sous prétexte qu'elle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Par exemple, le président de la République ne peut pas vérifier si le contenu de la loi constitutionnelle est conforme ou non à l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement prévue par le dernier alinéa de l'article 89. De même, il ne peut pas non plus refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle sous prétexte qu'elle est adoptée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

* * *

Mais quelle est la sanction de ces obligations du président de la République ? En d'autres termes, quelle sera la situation juridique, si le président de la République a refusé de promulguer une loi constitutionnelle qui a été régulièrement adoptée, ainsi que s'il n'a pas refusé de la promulguer dans les cas où il aurait dû le faire ?

D'abord, il n'existe pas de recours en annulation contre le décret de promulgation du président de la République au cas où la loi constitutionnelle est entachée des « vices flagrants de procédure » pour lesquelles il aurait dû refuser la promulgation. Comme on l'a déjà expliqué, le décret de promulgation du président de la République est considéré comme un acte de gouvernement par le Conseil d'Etat³⁷. Il n'existe pas non plus de procédure permettant d'obliger le président de la République à promulguer une loi constitutionnelle qui n'est pas entachée de telles irrégularités.

Dans ces hypothèses, on ne peut envisager qu'une sanction : le refus pur et simple du président de la République de promulguer la loi constitutionnelle adoptée régulièrement par l'organe de révision constitutionnelle constituerait un manquement particulièrement grave à la constitution, et par conséquent pourrait entraîner la mise en jeu de la responsabilité du président de la République pour haute trahison³⁸. Egalement, si le président de la République n'a pas refusé de promulguer une loi constitutionnelle dans le cas où il aurait dû le faire, sa responsabilité pour haute trahison pourrait être mise en jeu devant la Haute Cour de justice. Car, dans cette hypothèse, en promulguant comme la loi constitutionnelle un acte qui ne l'est pas réellement, le président de la République viole les obligations de sa charge. Et ceci

37. C.E., 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, Rec., p.993. Commenté par R. Alibert, *Sirey*, 1934-3-9 et A. Gros, *Dalloz*, 1934-3-36. Voir également Sauvignon, *op. cit.*, p.1003-1007.

38. On affirme cette possibilité pour le refus du président de la République de promulguer des lois ordinaires. Voir Esmein, *op. cit.*, t.I, p.71 ; Sauvignon, *op. cit.*, p.1002.

pourrait constituer selon l'appréciation de la Haute Cour de justice un crime de haute trahison.

Cependant, la responsabilité du président de la République pour haute trahison pose des problèmes particuliers. Nous allons les voir plus loin³⁹. Néanmoins notons toute de suite que la haute trahison n'est définie ni légalement ni jurisprudentiellement et que l'on admet généralement que la Haute Cour de justice a le pouvoir de libre appréciation dans la qualification des faits constituant le crime de haute trahison et de déterminer les peines.

Par conséquent, il appartient à la Haute Cour de justice de déterminer si le président de la République peut et doit refuser de promulguer une loi constitutionnelle. Alors les conclusions que nous avons faites ci-dessus ne sont que des réflexions doctrinales, privées de toute validité juridique. La Haute Cour de justice pourrait éventuellement faire d'autres conclusions. Par exemple, elle pourrait conclure que le président de la République ne peut pas vérifier si la loi constitutionnelle est votée en termes identiques par les deux assemblées. Ou bien elle pourrait au contraire décider que le président de la République peut refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle qui dépasse ses limites, par exemple d'une loi qui toucherait à la forme républicaine du Gouvernement, ainsi qu'une loi constitutionnelle adoptée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. Il n'y a pas de règle positive sur ces points. Par conséquent, nous ne pouvons pas décrire ici la solution valable.

* * *

En conclusion, le pouvoir de promulgation du président de la République est loin de constituer une garantie efficace pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle, car à ce propos il n'y a pas de règle juridique et par conséquent tout dépend de l'appréciation du président de la République. Et celle-ci n'est pas sanctionnée d'une façon efficace. La seule sanction envisageable est la responsabilité du président de la République pour haute trahison. Cependant le crime de haute trahison n'est définie ni légalement ni jurisprudentiellement. Par conséquent, comme on va le voir plus bas⁴⁰, cette ultime sanction elle-même n'est pas très efficace.

39. Ce titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2.

40. Ce titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2.

Chapitre 2

LES SANCTIONS REPRESSIVES

En suivant le schéma de Hans Kelsen, nous arrivons aux sanctions répressives. Ces sanctions sont les mesures techniques qui « réagissent contre l'acte irrégulier une fois fait ; tendent à en empêcher le renouvellement dans l'avenir, à réparer le dommage qu'il a causé, à le faire disparaître, et, éventuellement, à le remplacer par un acte régulier »¹.

Comme on l'a déjà noté, Kelsen divise les sanctions répressives en deux groupes : les sanctions personnelles et les sanctions objectives. Conformément à cette distinction, nous allons essayer d'envisager d'abord les sanctions personnelles, ensuite les sanctions objectives pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites de la révision constitutionnelle.

Ainsi ce chapitre se compose de deux sections :

Section 1. - Les sanctions personnelles

Section 2. - Les sanctions objectives

1. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.213.

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 1

LES SANCTIONS PERSONNELLES

On entend en général par « sanctions personnelles » « la responsabilité pénale, disciplinaire, ainsi que la responsabilité civile de l'organe qui a fait un acte irrégulier »¹.

Hans Kelsen, dans son article précité pense qu'en matière de la législation, les sanctions personnelles, comme la responsabilité pénale et la responsabilité civile des organes qui feraient des actes irréguliers sont parfaitement possibles². Cependant, à l'égard de la responsabilité personnelle, il fait une distinction entre le *Parlement en tant que tel ou ses membres* et les *individus associés à la législation* (chef de l'Etat, ministres).

1. Concernant les premiers (*Parlement en tant que tel ou ses membres*), Kelsen note qu'il ne peut pas s'agir de sanctions personnelles, car « un organe collégial n'est pas, pour différentes raisons, un sujet approprié de responsabilité pénale ou civile »³.

2. Par contre, concernant les individus associés à la législation (*chef de l'Etat, ministres*), Kelsen admet parfaitement la possibilité de mettre en jeu leur responsabilité. Il affirme que les individus associés à la législation « peuvent être soumises à une responsabilité pour l'inconstitutionnalité des lois, surtout si la constitution dispose qu'ils assument par la promulgation ou leur contreseing la responsabilité de la constitutionnalité de la procédure législative. De fait, l'institution de la responsabilité ministérielle, caractéristique des Constitutions modernes, sert aussi à assurer la constitutionnalité des lois »⁴. Ainsi Kelsen pense qu'il est possible, devant une juridiction spéciale, de mettre en jeu la responsabilité du chef de l'Etat qui est appelé à promulguer les lois et celle des ministres qui sont appelés à les contresigner⁵. Bref, pour Kelsen, le chef de l'Etat et les ministres peuvent être frappés des

1. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.214.

2. *Ibid.*, p.222.

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

5. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.364.

« sanctions pénales au cas où ils auraient collaboré à l'édiction d'une loi 'inconstitutionnelle' »⁶. Il souligne que, dans ces cas, l'édiction de normes juridiques contraires à la constitution constitue « un délit, puisqu'il est la condition d'une sanction »⁷.

On peut parfaitement transposer le raisonnement de Kelsen pour les sanctions personnelles des limites à la révision constitutionnelle.

Ainsi on peut envisager, en matière de révision constitutionnelle, la responsabilité des organes de révision constitutionnelle. Ces sanctions consistent en la responsabilité pénale et la responsabilité civile des organes de révision constitutionnelle qui pourraient faire des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle⁸.

Cependant à cet égard, il faut faire une distinction entre l'organe de révision constitutionnelle en tant que tel ou ses membres et les individus associés à la procédure de révision constitutionnelle (chef de l'Etat, Premier ministre).

1. Comme on l'a vu dans le titre préliminaire de ce travail, chaque constitution détermine l'organe de révision constitutionnelle. Celui-ci est tantôt une assemblée réunie à cette fin, tantôt une assemblée législative ordinaire. Il est prévu également des procédures plus solennelles, comme la condition de l'adoption de la révision constitutionnelle à la majorité qualifiée⁹.

Alors, les sanctions personnelles ne pourraient pas concerner l'organe de révision constitutionnelle en tant que tel ou ses membres, car, « un organe collégial n'est pas, pour différentes raisons, un sujet approprié de responsabilité pénale ou civile »¹⁰. Par conséquent nous excluons par hypothèse même la responsabilité des membres des assemblées de révision constitutionnelle qui auraient voté une loi constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

2. Nous avons vu également dans la première partie que plusieurs constitutions associent certaines personnes à la procédure de la révision constitutionnelle¹¹. Parfois le pouvoir d'initiative de la révision constitutionnelle est accordé au chef de l'Etat¹². Egalement certaines constitutions prévoient la ratification de la révision constitutionnelle par le chef de l'Etat (droit de veto en matière de révision constitutionnelle)¹³. Tout au moins dans plusieurs constitutions, la tâche de promulguer les lois constitutionnelles appartient au chef d'Etat et au premier ministre.

6. *Ibid.*, p.364.

7. *Ibid.*, p.365.

8. Par analogie au raisonnement de Kelsen. *Ibid.*, Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.222.

9. Titre préliminaire, Chapitre 1, § 2, A, 2, e.

10. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.222.

11. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Paragraphe unique, C.

12. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Paragraphe unique, C, 1.

13. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Paragraphe unique, C, 1, 3, a.

En suivant le raisonnement de Kelsen sur les sanctions personnelles pour assurer la conformité des lois ordinaires à la constitution, on peut envisager que la responsabilité personnelle des individus associés à la procédure de révision constitutionnelle peut être mise en jeu devant une juridiction spéciale. Ainsi, la *responsabilité pénale du chef de l'Etat* ainsi que la *responsabilité pénale des ministres* pourraient être mises en jeu s'ils ont accompli un acte dans la procédure de révision constitutionnelle, ou s'ils se sont associés d'une quelconque façon à la procédure de révision constitutionnelle.

Alors, à propos des sanctions personnelles pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle, nous allons examiner ici ces deux questions : la responsabilité pénale du chef de l'Etat et la responsabilité pénale des ministres.

Nous allons examiner ces problèmes dans le cadre de la Constitution française de 1958. C'est pourquoi, il convient de formuler dès maintenant ces questions en termes du droit constitutionnel de la V^e République :

- La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle ?

- La responsabilité pénale des ministres peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle ?

Mais avant d'examiner ces deux sanctions personnelles, il convient d'aborder la question de savoir s'il y a des sanctions pénales proprement dites des limites à la révision constitutionnelle, car si la constitution a été révisée en dehors du cadre constitutionnel, par exemple par les moyens violents, à notre avis, dans un tels cas, on ne pourrait envisager qu'une sanction : la sanction pénale proprement dite.

Alors cette section se subdivise en trois sous-sections :

Sous-section 1. - Existe-t-il des sanctions pénales proprement dites des limites à la révision constitutionnelle ?

Sous-section 2. - La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction d'une constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle ?

Sous-section 1. - La responsabilité pénale des ministres peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction d'une loi constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle ?

[Page laissée intentionnellement vide]

Sous-section 1
**EXISTE-T-IL DES SANCTIONS PENALES PROPREMENT DITES
DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE ?**

La question qui se pose dans cette section consiste à savoir s'il existe des sanctions pénales proprement dites applicables aux auteurs d'une loi de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

D'abord soulignons que nous entendons ici par « sanctions pénales proprement dites », les sanctions prévues par les lois pénales et autres que la responsabilité du président de la République pour haute trahison et la responsabilité pénale des ministres. En effet, ces deux dernières sanctions aussi sont de caractère pénal. Pourtant elles nécessitent des développements propres. Comme nous allons l'expliquer dans la sous-section suivante, la haute trahison n'est pas un crime au sens propre du droit pénal. De même la responsabilité pénale des ministres obéit à des règles spéciales au moins du point de vue de sa procédure.

I. Nous devons tout de suite indiquer que les sanctions pénales proprement dites ne pourraient concerner que les révisions faites par les *moyens constituant une infraction pénale*. En effet, comme on le sait, en droit pénal, le principe de légalité (*nullum crimen nulla poena sine lege*) domine. Une loi est donc nécessaire pour incriminer les faits tendant à réaliser les révisions par les voies illégales. Il faut alors regarder le code pénal du pays étudié pour répondre à la question posée ci-dessus. Nous avons recherché les dispositions incriminant les faits tendant à réviser la constitution par les voies illégales dans les Codes pénaux turc, italien et français.

A. Dans le *Code pénal turc*, il y a une disposition qui sanctionne spécialement les actes tendant à réviser la constitution par les moyens violentes. Selon l'article 146 du Code pénal turc,

« quiconque tente de changer ou de modifier entièrement ou partiellement la Constitution de la République turque, ou de faire un coup d'Etat contre la Grande Assemblée nationale instituée par la Constitution ou de l'empêcher par la force d'exercer ses fonctions sera puni de la peine de mort »¹.

1. Le Code pénal turc a été adopté le 13 mars 1926 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1926. Traduction française établie par M. Kutbi Akkan, Nissim Franco et Nurullah Kunter, in Marc

B. On peut trouver aussi une disposition semblable dans le *Code pénal italien*. D'après l'article 283 intitulé « Attentat contre la Constitution de l'Etat » :

« Quiconque commet un *fait tendant à changer la Constitution de l'Etat*, ou la forme de Gouvernement, à l'aide de moyens non-autorisés par l'ordre constitutionnel de l'Etat, est puni de réclusion de douze ans au moins »².

C. Par contre dans le *Code pénal français*, il n'y a pas de disposition qui réprime spécialement les révisions illégales de la constitution. Il faut cependant prendre en compte le fait que la révision illégale de la constitution implique la réalisation d'une révolution. Car, comme on s'en souviendra, dans le titre préliminaire³, nous avons défini la révolution, suivant la conception positiviste, comme « *toute modification de la constitution ou tout changement ou substitution de Constitution... qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur* »⁴. Dans cette conception, on ne fait pas la distinction entre les révolutions proprement dites et les coups d'Etat. Autrement dit, cette définition comprend non seulement les phénomènes proprement révolutionnaires, mais aussi d'autres phénomènes comme coups d'Etat, pronunciamientos, putschs, révolutions de palais, guerres civiles etc. Il est évident que la révision de la constitution par les voies révolutionnaires impliquerait, dans la plupart des cas, l'accomplissement des actes de violences. Et ces actes constitueraient des infractions pénales.

Ainsi, on peut trouver plusieurs dispositions qui incriminent les faits tendant à réaliser une révolution ou un coup d'Etat dans le Code pénal français. Ces dispositions se trouvent essentiellement dans le *titre premier*⁵ du *livre quatrième* du nouveau Code pénal⁶ qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994⁷. Le chapitre II⁸ de ce titre réprime les infractions à la *sûreté intérieure de l'Etat* que constituent l'attentat, le complot et la participation à un mouvement insurrectionnel. L'*attentat*

Ancel et Yvonne Marx, *Les codes pénaux européens*, Paris, Centre français du droit comparé, 1971, t.IV, p.2140.

2. Art.2 de la loi italienne n° 1317 du 11 novembre 1947. Traduction française établie par P. de Casabianca et mise à jour par V. de Toma, *in* Ancel et Marx, *Les codes pénaux européens*, *op. cit.*, t.II, p.926.

3. Titre préliminaire, Chapitre 1, § 2, C, 2.

4. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.279. En ce sens voir Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.14. Selon Otto Pfersmann, le « phénomène que l'on désigne comme 'révolution' au sens normatif » est « l'édiction de droit constitutionnel non opérée selon les normes de production jusque-là en vigueur » (*Ibid.*). Ainsi, la révolution « sort des limites d'une révision au sens théorique du terme » (*Ibid.*). Georges Liet-Veaux définit la révolution comme « une abrogation de la constitution en violant les règles prévues à cet effet » (Liet-Veaux, *La continuité du droit interne...*, *op. cit.*, p.46).

5. « Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation ». Pour certaines de ces infractions, on disait auparavant « crimes et délits contre la sûreté de l'Etat ».

6. Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992, *Portant réforme des dispositions générales du Code pénal*.

7. Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992, art.373 modifié par loi n° 93-913 du 19 juillet 1993.

8. Les dispositions de ce titre correspondent à celles des articles 86 à 92 et 97 à 99 de l'ancien Code pénal.

qui est défini par l'article 412-1⁹ comme un « fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ». Comme le remarque le circulaire du 14 mai 1993, « *il correspond en réalité à ce que l'on qualifie de 'coup d'Etat'* »¹⁰. L'article 412-2¹¹ réprime le *complot*, c'est-à-dire la résolution de commettre un attentat. De même, les articles 412-4, 412-5 et 412-6 répriment le *mouvement insurrectionnel*¹² qui est défini par l'article 412-3 comme « toute violence collective de nature à mettre en péril les institutions de la République ou à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ». Egalement l'article 412-7 réprime d'une part l'*usurpation de commandement militaire*¹³ et d'autre part la *levée illégale des forces armées*¹⁴. Quant à l'article 412-8¹⁵, comme le montre le Circulaire du 14 mai 1993, il réprime « la provocation à s'armer contre l'autorité de l'Etat ou contre une partie de la population, c'est-à-dire *la provocation à une insurrection, à un coup d'Etat ou à la guerre civile* »¹⁶. Comme on le voit, en France aussi, les faits commis en vue de réaliser un coup d'Etat ainsi que la révision de la constitution par les voies révolutionnaires sont sanctionnés par le code pénal.

D'ailleurs, il faut noter que même s'il n'y a pas de disposition spéciale sanctionnant les faits tendant à réviser la constitution par les moyens non-autorisés par l'ordre constitutionnel, ni de dispositions réprimant les actes commis en vue de réaliser une révolution ou un coup d'Etat, les actes tendant à réviser la constitution par les moyens violents peuvent être sanctionnés dans la mesure où ils contreviennent à d'autres dispositions du code pénal, c'est-à-dire à celles du droit commun. En effet, il est évident que la révision de la constitution par de telles voies nécessiterait, dans la plupart des cas, des actes de violence ; et ceux-ci seraient incriminés fort probablement par les lois pénales. Ainsi, il est inconcevable de réaliser une révolution ou un coup d'Etat, sans violer une quelconque disposition du code pénal. Dans la plupart des cas, les actes tendant à réaliser un coup d'Etat ou une révolution constituent des infractions, tels le meurtre, l'assassinat, la violence, les coups et blessures, la menace, le sabotage, le terrorisme, etc.

Alors, maintenant nous pouvons répondre la question que nous avons posée au début de cette section : oui, en France et en Turquie, il y a des sanctions pénales pour les révisions illégales de la constitution.

* * *

9. Cette disposition correspond à celle de l'article 86 de l'ancien Code pénal. Selon cet article, « l'attentat dont le but aura été soit de détruire ou de changer le régime constitutionnel, soit... » (Ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960).

10. Circulaire du 14 mai 1993, *Commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau Code pénal*, Livre IV, Titre I^{er}, Chapitre II, Section 1.

11. Cette disposition correspond à celle de l'article 87 de l'ancien Code pénal.

12. Le mouvement insurrectionnel était réprimé par les articles 97 à 99 de l'ancien Code pénal.

13. Cette disposition correspond à celle de l'article 90 de l'ancien Code pénal.

14. Cette disposition correspond à celle de l'article 89 de l'ancien Code pénal.

15. Cette infraction était réprimée par l'article 86 de l'ancien Code pénal.

16. Circulaire du 14 mai 1993, *Commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau Code pénal*, Livre IV, Titre I^{er}, Chapitre II, Section 3. C'est nous qui soulignons.

II. Mais, à notre avis, *ces sanctions ne présentent pas beaucoup d'intérêt pour notre travail*. Et ceci pour deux raisons.

A. 1. Les sanctions pénales sont *insuffisantes* pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle. Elles ne recouvrent que des révisions faites par l'utilisation des moyens violents, c'est-à-dire des révisions irrégulières constituant une infraction pénale. Or, la révision de la constitution peut être irrégulière sans constituer un délit ou un crime. Par exemple, le non-respect d'une limite à la révision constitutionnelle ou un vice de procédure ne constituent pas une infraction pénale, s'ils sont faits dans le cadre constitutionnel, c'est-à-dire par les organes de révision constitutionnelle et dans la procédure prévue à cet effet. Le dépassement d'une limite à la révision constitutionnelle ou un vice de procédure ne sont pas pénalement sanctionnés, car ils ne sont pas incriminés par le code pénal (au moins en France et en Turquie).

2. En effet, les *sanctions pénales concernent essentiellement la révision de la constitution par les voies révolutionnaires*. En d'autres termes, elles s'adressent aux auteurs des révolutions et des coups d'Etat. Alors il s'agit ici d'un événement du pouvoir constituant *originaire*, Or, notre travail a pour objet d'examiner les limites du pouvoir constituant *dérivé*, et non pas du pouvoir constituant *originaire*.

B. Deuxièmement, *les sanctions pénales ne peuvent concerner que la tentative de révision révolutionnaire*. Si la révision révolutionnaire est « consommée », les actes tendant à réviser la constitution par les voies révolutionnaires ne sont pas punissables. C'est une conséquence cohérente du point de vue pratique et théorique.

1. D'abord du point de vue *pratique* : si la révision révolutionnaire de la constitution est consommée, c'est-à-dire si la révolution ou le coup d'Etat est réussi, les auteurs de ces actes ne seront pas punis ; car, c'est eux qui détiennent le pouvoir le plus grand dans le pays, c'est-à-dire qu'il n'y a aucune autorité ou personne capable de les punir.

2. Ensuite, cette conséquence est cohérente du point de vue *théorique* aussi. Si la révolution ou le coup d'Etat est réussi, les auteurs de ces actes ne sont pas punissables ; car, la réussite de la révolution signifie la modification de la norme fondamentale. Après la réussite de la révolution, comme l'affirme Hans Kelsen, les normes juridiques doivent être interprétées « à partir de l'hypothèse de la nouvelle norme fondamentale, et non plus de l'ancienne »¹⁷. Ainsi, la révolution réussie est une opération qui crée un nouveau droit, par conséquent les auteurs de la révolution ne seront pas sanctionnés selon l'ancien droit. En d'autres termes, la révision révolutionnaire de la constitution implique le changement de la norme fondamentale sur laquelle est fondée la validité des dispositions pénales qui sanctionnent les auteurs de tels actes.

17. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.281.

Comme nous l'avons vu dans la première partie¹⁸, l'une des conditions de la validité juridique d'une norme est l'*efficacité de l'ordre juridique* auquel appartient cette norme. En d'autres termes, pour qu'une norme ne perde pas sa validité, il faut que l'ordre juridique auquel appartient cette norme soit efficace. Et, comme nous l'avons expliqué¹⁹, à la suite d'une révolution ou d'un coup d'Etat réussi, la constitution perd son efficacité et par conséquent l'ordre juridique global qui est fondé sur cette constitution perd aussi son efficacité. Et dès que l'ordre juridique global perd son efficacité, les normes de cet ordre perdent aussi leur validité. Alors, on peut affirmer qu'après une révolution réussie, les dispositions du code pénal qui sanctionnent de tels actes ne sont plus valables, par conséquent elles ne concernent pas les actes du pouvoir constituant originaire. En d'autres termes, les dispositions pénales ne s'adressent pas aux auteurs des révolutions ou des coups d'Etats réussis. Autrement dit, il ne peut pas s'agir des sanctions pénales, lorsqu'il y a un acte du pouvoir constituant originaire réussi.

Alors l'application des sanctions pénales dépend de la non-réussite du mouvement révolutionnaire. Il faut donc déterminer la réussite d'une révolution. Et la réussite de la révolution se définit par le fait que la révision illégale de la constitution a acquis l'efficacité²⁰. L'efficacité d'une constitution se détermine, à son tour, par le fait que « les normes posées conformément à cette Constitution sont appliquées et obéies en gros et de façon générale »²¹. Alors, à partir du moment où la révision illégale de la constitution est devenue efficace, le mouvement révolutionnaire doit être considéré comme réussi.

Par contre, le mouvement révolutionnaire n'est pas réussi, si la révision illégale de la constitution ne devient pas efficace, c'est-à-dire si elle n'est pas appliquée et obéie en gros et de façon générale²². Dans le cas de la non-réussite d'un mouvement révolutionnaire, la norme fondamentale ancienne ne change pas, et par conséquent, comme le remarque Hans Kelsen, « la révolution ne serait pas interprétée comme une opération qui a créé un droit nouveau, mais... on y verrait un crime de haute trahison »²³.

En conséquence, les sanctions pénales ne sont applicables que si le mouvement révolutionnaire reste en phase de tentative. Autrement dit, elles ne s'adressent qu'aux auteurs des coups d'Etat avortés, ou des insurrections réprimées.

L'exemple turc illustre parfaitement cette situation : autrefois l'article 146 du Code pénal turc cité ci-dessus protégeait la Constitution de 1924 contre les révisions par les moyens violents. Mais cette Constitution a été abrogée par le coup d'Etat militaire du 27 mai 1960. Le même article a protégé cette fois-ci la Constitution du 9 juillet 1961 qui a été élaborée par les auteurs de ce coup d'Etat. Mais cette

18. Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 2, A.

19. Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 2, A.

20. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.279.

21. *Ibid.*, p.280.

22. *Ibid.*, p.281.

23. *Ibid.*

Constitution aussi a été abrogée par le coup d'Etat militaire du 12 septembre 1982 et remplacée par la Constitution du 7 novembre 1982. L'article 146 n'est appliqué ni aux auteurs du coup d'Etat de 1960, ni à ceux du coup d'Etat de 1980. Les raisons sont évidentes : ce sont des événements du pouvoir constituant *originaire*, c'est-à-dire des révisions révolutionnaires réussies. D'ailleurs il est significatif que l'article 146 du Code pénal turc cité ci-dessus ne sanctionne sagement que des « tentatives » des révisions illégales. Par contre si la tentative de réviser la Constitution par la force est réprimée par les autorités en place, les auteurs de cette tentative seraient punis selon l'article 146 du Code pénal, comme c'était le cas dans la tentative avortée de coup d'Etat du colonel Talat Aydemir en 1962.

En résumé, les sanctions pénales ne peuvent concerner que les *tentatives* de réviser la constitution par les moyens violents. Si la révision ainsi faite devient efficace, la révision constitutionnelle sera valable. De telles révisions constituent des événements du pouvoir constituant *originaire*, par conséquent elles échappent à une étude juridique.

Sous-section 2

LA RESPONSABILITE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE POUR HAUTE TRAHISON PEUT-ELLE ETRE MISE EN JEU EN CAS D'EDICTIION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES CONTRAIRES AUX LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE ?

Ainsi en suivant le schéma de Hans Kelsen, nous arrivons aux sanctions *répressives personnelles*. Comme nous l'avons déjà expliqué, Kelsen envisage principalement la responsabilité pénale des ministres et celle du président de la République comme les garanties répressives personnelles pour assurer la constitutionnalité des lois.

Alors, dans cette sous-section, nous allons examiner la question de savoir si la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut être mise en jeu en cas d'édiction d'une loi de révision constitutionnelle qui dépasse ses limites.

Pour répondre à cette question, il faut d'abord voir brièvement la responsabilité du président de la République française pour haute trahison en général.

§ 1. LA RESPONSABILITE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE POUR HAUTE TRAHISON EN GENERALE

Selon l'article 68 de la Constitution française de 1958 :

« Le président de la République n'est responsable que des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la haute Cour de Justice ».

Il s'agit là d'une règle traditionnelle en régime parlementaire. Le président de la République bénéficie alors d'une irresponsabilité de principe. Cependant les actes du président de la République doivent être distingués du point de vue de ce principe.

Les actes du président de la République accomplis en dehors de l'exercice de ses fonctions engagent sa responsabilité, civile ou pénale, devant les juridictions de droit commun qui se déclarent compétentes¹.

Quant aux actes du président de la République accomplis dans l'exercice de ses fonctions, il faut faire une distinction entre les actes ne constituant pas une haute trahison et les actes constituant une haute trahison. Les premiers ne peuvent pas engager la responsabilité du président de la République, même ultérieurement à l'exercice de son mandat². Par contre les actes du président de la République accomplis dans l'exercice de ses fonctions et qualifié de haute trahison engagent sa responsabilité devant la Haute Cour de justice.

Alors se pose un problème : en quoi la haute trahison consiste-t-elle ?

La notion de haute trahison n'a été définie ni par la Constitution, ni par la loi organique, ni par le Code pénal. D'ailleurs il n'existe pas de jurisprudence, aucun président de la République n'ayant été mis en accusation pour haute trahison³. Seule la Constitution du 4 novembre 1848, dans son article 68, avait donné une définition de la haute trahison :

« Toute mesure par laquelle le président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat, est un crime de haute trahison ».

On peut remarquer que « cette définition n'a plus aucun sens dans le contexte actuel et elle n'est donc d'aucun secours pour définir la haute trahison »⁴.

Après le vote des lois constitutionnelles de 1875, un député, Pascal Duprat, déposa en 1878 une proposition de loi qui tendait à définir le crime de haute trahison :

Article 2.- Il y a crime de haute trahison de la part du président de la République lorsque par une mesure quelconque il met obstacle à l'exercice du pouvoir législatif dans les limites de la Constitution, notamment s'il dirige contre les chambres ou contre l'une d'entre elles la force publique ou un attroupement quelconque ; si, en cas d'attaque, il ne prend pas les mesures nécessaires pour les protéger ou s'il paralyse les mesures qu'elles ont elles-mêmes ordonnées pour leur défense.

Article 3.- Il y a également crime de haute trahison de la part du président de la République : 1° s'il se rend coupable de crimes contre la sûreté de l'Etat ; 2° s'il entreprend une guerre sans le consentement préalable du pouvoir législatif ; 3° s'il introduit ou laisse introduire, sans le consentement des Chambres, des troupes étrangères sur le territoire de la République ; 4° s'il se rend coupable d'actes ou de manoeuvres ayant pour objet de suspendre ou de renverser la Constitution⁵.

1. Voir Tribunal correctionnel de Paris, 3 décembre 1974, *Dumont c. Giscard d'Estaing et autres*, *Jurisclasser périodique (Semaine juridique)*, 1975, II, 17969, note Raymond Lindon.

2. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.517. Egalement Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2^e éd., p.517.

3. Jean Foyer, « Haute Cour de justice », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénal* (Encyclopédie Dalloz - Droit pénal), t.II, (p.4, n° 37).

4. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.517.

5. Proposition de Pascal Duprat, *Journal officiel*, 3 février 1878, p.1023, citée par Antonin Besson, « Haute Cour de justice », *Répertoire de droit public et administratif*, Mise à jour 1990, Editions Dalloz, vol.II, p.1186. Citée également par Foyer, *op. cit.*, p.4.

Mais cette proposition ne fut jamais votée⁶.

L'absence d'une définition légale de la haute trahison a entraîné un certain nombre de controverses. A propos de la définition de la notion de haute trahison, il y a principalement trois conceptions.

1. Selon la *conception dite « pénaliste »*, qui a été soutenue par Léon Duguit, sous la III^e République, le principe de la légalité des délits et des peines (*Nullum crimen, nullum poena sine lege*) s'appliquait à la Haute Cour comme à tout autre juridiction répressive et interdisait donc toute poursuite pour haute trahison tant que les éléments constitutifs de ce crime et sa sanction n'auraient pas été déterminés préalablement⁷. Cependant cette conception « pénaliste » n'avait pas triomphé en doctrine ni sous la III^e République, ni sous la IV^e République⁸.

2. Par contre, selon la *conception dite « constitutionnaliste »*, qui est défendue par Hauriou⁹, Barthélemy et Duez¹⁰, la haute trahison du président de la République ne doit pas se définir par une référence exclusive aux règles pénales, car l'incrimination a un caractère politique qui peut se satisfaire d'une sanction politique¹¹.

Aujourd'hui, la majorité de la doctrine¹² s'accorde pour admettre la *conception constitutionnaliste* de la haute trahison. Selon plusieurs auteurs, la haute trahison

6. Foyer, *op. cit.*, p.4.

7. Duguit, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, 2^e éd., 1924, t.IV, p.810.

8. Foyer, *op. cit.*, p.5.

9. Hauriou, *Précis du droit constitutionnel, op. cit.*, 2^e éd., 1929, p.451-452, 533-536.

10. Barthélemy et Duez, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p.620-621.

11. Antide Moreau, « La haute trahison du président de la République », *Revue du droit public*, 1987, p.1569.

12. Voir Moreau, *op. cit.*, p.1580 ; Foyer, *op. cit.*, p.4, n° 37 ; Besson, *op. cit.*, p.1186 ; Dominique Turpin, « Parfaire l'Etat de droit en reformant ou supprimant la Haute Cour de justice », *Les Petites affiches*, 4 mai 1992, n° 54, p.40 ; Turpin, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 2^e éd., p.517 ; Xavier Delcros, « Commentaire des articles 67 et 68 », in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de -), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.1183 ; Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.695 ; Gicquel, *op. cit.*, p.647-648 ; Maurice Duverger, *Le système politique français*, Paris, P.U.F., 20^e éd., 1990, p.254. ; Jeanneau, *Institutions politiques...*, 8^e éd. *op. cit.*, p.175 ; Jean Massot, *La présidence de la République en France*, Paris, Documentation française, 1977, p.100.

Pierre Desmottes affirme que « la Haute Cour est... libre en ce qui concerne la détermination de la peine [et] ... la qualification des faits ». Selon lui, « cette solution est regrettable sans doute, mais elle est la seule qui corresponde au droit positif » Voir Pierre Desmottes, *De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français*, (Thèse, Université de Caen, Faculté de Droit, mai 1962), Paris, L.G.D.J., 1968, p.276).

Pour Jean-Pierre Rougeaux, « La responsabilité pour haute trahison demeure une responsabilité essentiellement politique et accessoirement politique » (Jean-Pierre Rougeaux, « La Haute Cour de justice sous la V^e République », *Revue du droit public*, 1978, p.1029) ;

Patrick Auvret observe qu'il y a ici une responsabilité politique associée à la responsabilité pénale. Il propose la distinction des responsabilités politique et pénale (Patrick Auvret, « La responsabilité du chef de l'Etat », *Revue du droit public*, 1988, p.96-117).

est un crime essentiellement politique¹³. Ils voient dans la haute trahison une procédure politique¹⁴ ou politico-pénale¹⁵. Par conséquent ils considèrent généralement que la haute trahison peut être poursuivie en l'absence de définition légale¹⁶ ; c'est-à-dire que le président de la République peut être poursuivi de haute trahison pour des faits non qualifiés de crimes ou délits par la loi pénale. Dans cette perspective, la haute Cour n'est donc pas soumise au principe de la légalité des délits et des peines (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*)¹⁷. On affirme qu'il appartiendra dès lors à la Haute Cour de justice de qualifier souverainement les faits constituant une haute trahison¹⁸, ainsi que de déterminer les peines¹⁹.

3. Enfin entre ces deux conceptions, Esmein a défendu une *solution médiane* : la Haute Cour pourrait prononcer pour haute trahison la déchéance ou la destitution du président de la République, mais elle ne pourrait prononcer de peines proprement dites que si les faits tombaient sous un chef d'incrimination défini par la loi pénale²⁰.

Cette conception a été reprise par Georges Vedel²¹ sous la IV^e République. Selon Georges Vedel, « la Haute Cour dispose à l'égard du président de la République de deux sortes de sanctions : une sanction politique, qui est la destitution, et des peines proprement dites, qui ont seules le caractère *stricto sensu* »²². Dans cette conception,

« l'accusation de haute trahison par l'Assemblée nationale et la déclaration de haute trahison par la Haute Cour signifient seulement que le président de la République a commis un acte grave, a trahi les devoirs de sa charge, ce qui est, en soi, une constatation politique qui n'emporte pas nécessairement qu'il y ait crime ou délit et qui n'entraîne pas né-

13. Besson, *op. cit.*, p.1186, n°29 ; Duverger, *Le système politique française*, 20^e éd., *op. cit.*, p.254.

14. Gicquel, *op. cit.*, 11^e éd., p.648. Maurice Hauriou remarque que les « inculpés seront... des hommes politiques... et qu'il s'agira toujours de faire juger un *crime politique* et des *personnages politiques* par un *tribunal politique* » (Hauriou, *op. cit.*, 1929, p.536. C'est nous qui soulignons).

15. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.429, 541-547.

16. Foyer, *op. cit.*, p.4, n°37.

17. Besson, *op. cit.*, p.1186, n°23.

18. Foyer, *op. cit.*, p.4, n°39.

19. A ce propos on invoque la décision rendue par la Cour des Pairs le 21 décembre 1830 lors du jugement des ministres de Charles X. La Cour a affirmé sa souveraineté à l'effet de qualifier les faits punissables et de déterminer les peines. Voir Desmottes, *op. cit.*, p.200-201. Egalement Raymond Lindon et Daniel Amson, *La Haute Cour : 1789-1987*, Paris, P.U.F., Coll. « Politique d'aujourd'hui », 1987, p.38-39. La même solution a été affirmée par le Sénat de la III^e République, constitué en Cour de justice, dans son arrêt *Malvy* du 6 août 1918 : « Il appartient à la Cour de justice usant du pouvoir souverain qu'elle tient de l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875, de qualifier les faits et de déterminer les peines ». Voir Desmottes, *op. cit.*, p.2209-235. Egalement Lindon et Amson, *op. cit.*, p.98.

20. Esmein, *op. cit.*, t.II, p.226.

21. Georges Vedel, « La compétence de la Haute-Cour », in *Mélanges dédiés à M. le professeur Joseph Magnol*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p.393-422; Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.430-431, 546-547.

22. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.546.

cessairement une peine *stricto sensu*. La haute trahison peut donc exister alors qu'aucun texte ne la définit si l'on y voit essentiellement une *incrimination politique* et non un crime ou un délit »²³.

Alors selon cette conception, s'il y a une faute politique qui ne tombe pas sous le coup d'aucune loi pénale, « la Haute Cour ne pourra prononcer que la *destitution* du président de la République. C'est une sanction *politique* qui réprime une faute *politique* : le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas violé »²⁴. Par contre si « les faits retenus comme constitutifs de la haute trahison constituent *en outre* des crimes ou des délits définis par le droit pénal », « la Haute Cour pourra alors prononcer, outre la destitution, de véritables peines et ceci en conformité avec la règle 'nullum crimen, etc...' »²⁵. En d'autres termes,

« en ce qui concerne le président de la République, la Haute Cour de justice est saisie à la fois de la responsabilité politique (mise en jeu dans la forme juridictionnelle) et de la responsabilité pénale. Le principe de légalité des délits et des peines n'a de sens qu'en ce qui concerne cette seconde sorte de responsabilité et ne s'oppose pas à l'appréciation discrétionnaire de la haute trahison »²⁶.

Comme le constate Jean Foyer²⁷, la conception de Georges Vedel a la vertu de concilier le principe de légalité et le caractère politique de la haute trahison.

Cependant, aujourd'hui, si l'on regarde le texte de la Constitution de 1958, il faut conclure, avec Jean Foyer, que les dispositions constitutions « affranchissent complètement la Haute Cour du principe de légalité des délits et des peines en cas de poursuite pour haute trahison »²⁸.

En effet, il ressort de la comparaison des articles 68 et 88-1 que la Haute Cour de justice est libre en ce qui concerne la qualification des faits et la détermination des peines. Selon l'article 68-1, « les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions *et qualifiés crimes et délits au moment où ils ont été commis* », alors que selon l'article 68, « le président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison ». Le rapprochement de ces deux articles révèle la différence essentielle qui existe entre la responsabilité du président de la République et la responsabilité pénale des membres du Gouvernement : la responsabilité du président de la République n'est pas rattachée à un crime ou à un délit déterminé²⁹. En d'autres termes, en ce qui concerne les membres du Gouvernement, la Cour de justice de la République est liée par le principe *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ; par contre la Haute Cour de justice n'est pas liée par le principe de

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, p.547.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

27. Foyer, *op. cit.*, p.4, n° 41.

28. *Ibid.*

29. Besson, *op. cit.*, p.1186, n°21.

légalité concernant la haute trahison du président de la République, car aucune référence n'est faite à ce principe³⁰.

En conclusion, en l'absence de définition légale, la haute trahison sera donc définie librement par la Haute Cour de justice.

Enfin, il est coutume de signaler que la « haute trahison » ne peut pas être défini par référence au crime de « trahison » qui est défini par les articles 411-1 à 411-8³¹ du nouveau Code pénal³², qui consiste dans le fait « de livrer à une puissance étrangère... tout ou partie du territoire national »³³, « d'entretenir des intelligences avec une puissance étrangère »³⁴, ou « de livrer à une puissance étrangère des informations »³⁵. Les auteurs³⁶ notent que la « haute trahison » est beaucoup plus large que le crime de « trahison », et même que les « atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation » tels qu'ils sont définis dans le titre premier du livre quatrième du nouveau Code pénal³⁷.

En effet, comme le remarque à juste titre Maurice Hauriou,

« ce qui est visé, c'est la tentative de coup d'Etat, c'est-à-dire la haute trahison vis-à-vis des institutions constitutionnelles, bien plutôt que de trahison au point de vue patriotique »³⁸.

Nous avons déjà noté qu'il n'y a pas de définition légale ni jurisprudentielle de la notion de haute trahison. Par contre les définitions proposées par la doctrine sont très nombreuses. Citons les plus significatives. Pour A. Bard et P. Robiquet, la haute trahison est tous les « actes par lesquels le pouvoir exécutif porte atteinte aux droits de la représentation nationale »³⁹. Pierre Cot, dans une discussion qui eut lieu à la Commission de la Constitution de 1946 voulait que l'on définisse la haute

30. Foyer, *op. cit.*, p.4, n°38. D'ailleurs cette différence a été réaffirmée d'une façon encore plus forte par la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993. Cette loi, en instituant une Cour de justice de la République qui a pour mission de rendre des jugements à l'encontre des membres du Gouvernement, distingue radicalement la responsabilité du président de la République pour haute trahison de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement, non seulement du point de vue des conditions de la responsabilité, mais aussi quant aux organes devant lesquels ils seront jugés.

31. Le crime de « trahison » avait été défini par les articles 70 à 72 de l'ancien Code pénal.

32. *Le nouveau Code pénal*, Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992, *Portant réforme des dispositions générales du Code pénal*. Entrée en vigueur : le 1^{er} mars 1994. Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992, art.373 modifié par loi n° 93-913 du 19 juillet 1993.

33. Art. 411-2, 411-3.

34. Art. 411-4, 411-5.

35. Art. 411-6 à 411-8.

36. Voir par exemple, Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.517 ; Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.517 ; Turpin, « Parfaire l'Etat de droit... », *op. cit.*, p.41 ; Foyer, *op. cit.*, p.4, n° 39 ; Besson, *op. cit.*, p.1186, n°29 ; Rougeaux, *op. cit.*, p.1029 ; Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 1993, p.694.

37. Art. 410-1 à 414-9. Les « atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation » correspondent aux « crimes et délits contre la sûreté de l'Etat » de l'ancien Code pénal (art.70 à 103).

38. Hauriou, *op. cit.*, 2^e éd., p.415.

39. A. Bard et P. Robiquet, *La Constitution de 1875*, Paris, 1876, p.270, cité par Moreau, *op. cit.*, p.1579, note 192.

trahison comme le « *refus d'appliquer la constitution* »⁴⁰. Pour Georges Vedel, « la haute trahison est un manquement d'ordre politique aux obligations de la fonction, c'est-à-dire une violation grave des devoirs de la charge »⁴¹. Marcel Prélot fait une définition encore plus large. Selon lui, la haute trahison peut même

« intervenir dans le cas concret d'un différent grave entre le Parlement et le président. Il n'est pas besoin que le président soit un criminel de droit commun pour être poursuivi. Il suffit qu'il ait pris une position politique le plaçant en antagonisme déclaré et profond avec les autres représentants de la Nation »⁴².

Pour Dominique Turpin, « la haute trahison vise le chef de l'Etat qui s'opposerait au fonctionnement régulier des institutions, manquerait ainsi aux devoirs de sa charge »⁴³.

De même selon Dmitri Georges Lavroff,

« la haute trahison est un abus caractérisé par le président de la République des pouvoirs que lui attribue la Constitution, consistant notamment dans une atteinte portée aux compétences constitutionnelles des autres organes ou à la violation délibérée des limites de ses propres pouvoirs »⁴⁴.

Dans toutes ces définitions, malgré la diversité de leur formule, on voit au fond la même idée. La haute trahison est un crime politique, non défini par le code pénal, constitué par tout manquement du président de la République aux obligations de sa fonction. C'est la Haute Cour de justice qui apprécie s'il y a un « manquement » et, comme on l'a montré, sur ce point son pouvoir est discrétionnaire, elle n'est liée par aucune règle⁴⁵.

A cet égard, les différents actes du président de la République peuvent être qualifiés haute trahison. Par exemple, selon Dominique Turpin, pourraient constituer une haute trahison : « tout manquement du président aux obligations tirées des missions que lui confie l'article 5, toute utilisation intempestive de l'article 16 pour s'opposer au fonctionnement régulier des institutions, voire toute déclaration de guerre sans autorisation préalable du Parlement »⁴⁶. A ce propos, M. Turpin songe encore aux actes du président de la République qui sont soustraits à tout contrôle : actes « relatifs à l'exercice du droit de grâce ou de l'amnistie, les décrets de dissolution de l'assemblée nationale ou relatifs au recours au référendum ou à l'organisation de la campagne en vue d'une consultation, les décisions relatives à la promulgation des lois ou à la signature des ordonnances etc... »⁴⁷.

40. *Commission de la Constitution*, séance du 28 août 1946, p.382, cité par Desmottes, *op. cit.*, p.274, note 13.

41. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.431.

42. Prélot, *Institutions politiques...*, *op. cit.*, p.641 cité par Moreau, *op. cit.*, p.1579.

43. Turpin, *Droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.517.

44. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.517-518.

45. Desmottes, *op. cit.*, p.273-274.

46. Turpin, « Parfaire l'Etat de droit... », *op. cit.*, p.41.

47. *Ibid.*, p.41-42.

Après avoir ainsi vu la responsabilité du président de la République pour haute trahison en général, maintenant nous pouvons passer à l'examen de la question de la responsabilité du président de la République pour haute trahison en cas d'édiction des lois constitutionnelles irrégulières.

§ 2. LA RESPONSABILITE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE POUR HAUTE TRAHISON EN CAS D'EDITION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES IRREGULIERES

D'abord répétons la question que nous avons posée au début de cette section : la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu devant la Haute Cour de justice en cas d'édiction d'une loi de révision constitutionnelle qui dépasse ses limites ?

On peut répondre à cette question par l'affirmative, mais à deux conditions :

- Les actes du président de la République en question doivent être accomplis dans l'exercice de ses fonctions.

- Ces actes doivent constituer un crime de haute trahison.

Alors vérifions si ces deux conditions sont remplies.

- La vérification de la première condition : Y a-t-il des actes accomplis par le président de la République dans la procédure de révision constitutionnelle ?

Alors pour pouvoir répondre à la question de savoir si la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut être mise en jeu devant la Haute Cour de justice en cas d'édiction d'une loi de révision constitutionnelle qui dépasse ses limites, il faut d'abord montrer qu'il y a des actes accomplis par le président de la République dans la procédure de révision constitutionnelle. Il est évident que s'il n'y a pas de tels actes, la responsabilité du président de la République ne peut pas être mise en jeu, car comme on vient de le voir, selon l'article 68, « le président de la République n'est responsable des *actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions* qu'en cas de haut trahison ».

Comme nous l'avons vu dans la première partie⁴⁸, en France, le président de la République est associé à la procédure de révision constitutionnelle d'une façon essentielle. Il est l'un des principaux acteurs de la révision constitutionnelle.

Maintenant voyons brièvement les actes du président de la République accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle.

1. Dans la *procédure de révision constitutionnelle fixée par l'article 89* de la Constitution, le président de la République intervient dans plusieurs cas.

48. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 1.

D'abord, le président de la République a le pouvoir d'initiative en matière de révision constitutionnelle (art. 89, al.1^{er}).

Deuxièmement, pour l'approbation de la révision, le choix entre le référendum et le Congrès appartient au président de la République. Dans la procédure parlementaire, l'ordre du jour du Congrès est fixé par le décret de convocation, signé par le président de la République et contresigné par le Premier ministre⁴⁹. Dans la procédure référendaire, il appartient au président de la République de fixer la date de consultation et de convoquer les électeurs⁵⁰.

Enfin, c'est le président de la République qui promulgue la loi constitutionnelle (art.10).

2. Dans la *procédure contestée de l'article 11*⁵¹, le président de la République est non seulement associé à la procédure, mais encore c'est lui qui est l'acteur principal de cette procédure. D'ailleurs l'article 11 se situe dans le titre II, intitulé « le président de la République ».

Ainsi, selon l'article 11, c'est le président de la République qui prend la décision de recourir au référendum. Il faut souligner que les actes du président de la République pris dans les cadre de l'article 11 ne sont pas même soumis au contre-seing du Premier ministre (art.19). Egalement la proclamation des résultats du référendum n'entraîne pas la mise en vigueur de la loi référendaire. Elle doit être promulguée par le président de la République (art.11, al.2).

En conclusion on peut constater que la première condition est remplie : il y a des actes accomplis par le président de la République dans la procédure de révision constitutionnelle et ceux-ci sont dans l'exercice des fonctions qui lui sont attribuées par la Constitution. Alors maintenant nous pouvons passer à vérifier si la deuxième condition est remplie.

- La vérification de la deuxième condition : les actes du président de la République accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle constituent-ils un crime de haute trahison ?

Deuxièmement, pour que le président de la République soit responsable des actes accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle, ces actes doivent constituer un crime de haute trahison.

Nous avons vu que le crime de haute trahison n'est pas défini légalement et l'on considère généralement qu'il appartient à la Haute Cour de justice de le déterminer. Cependant il n'y a aucune jurisprudence sur ce point. Alors nous

49. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, 3. (Gaxie, *op. cit.*, p.1334-35 ; Branchet, *op. cit.*, p.32-34).

50. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3. (Gaxie, *op. cit.*, p.1334 ; Branchet, *op. cit.*, p.32).

51. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, C, 1.

n'avons pas d'éléments légaux, ni jurisprudentiels pour nous aider dans la vérification de la réalisation de la deuxième condition de la responsabilité du président de la République pour haute trahison. Par conséquent, il nous est impossible de déterminer objectivement la réalisation de cette condition. Alors dans cette situation, il convient de se contenter de dire que *tous les actes du président de la République accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle sont susceptibles ou non d'être qualifiés de crimes de haute trahison selon la libre appréciation de la Haute Cour de justice.*

* * *

Cependant, nous allons ici essayer de déterminer quels actes du président de la République accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle pourraient éventuellement constituer un crime de haute trahison. Ainsi nous allons essayer d'énumérer les actes du président de la République accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle et qui pourraient constituer un manquement aux obligations de sa charge et par-là, un crime de haute trahison. Nous allons dire que par exemple tel ou tel acte du président de la République constitue un crime de haute trahison et tel ou tel acte ne le constitue pas. Ainsi nous allons déterminer les éléments qui constituent un crime de haute trahison dans la procédure de révision constitutionnelle. En conséquence, nous allons proposer une définition de la haute trahison en matière de révision constitutionnelle.

Mais notons tout de suite que nos développements ci-dessous sont privés de toute force obligatoire. Ils ne sont que des réflexions personnelles sur ce problème. Sans doute, peut-on y trouver la définition du crime de la haute trahison en matière de la révision constitutionnelle, ou au moins les éléments de cette définition. Répétons encore que cette définition ou ces éléments de définition n'ont pas de caractère positif.

En effet, la conception de la science du droit que nous avons admise dans l'introduction générale de ce travail nous interdit d'accorder la force obligatoire à une définition ou à une solution doctrinale qui ne figure nullement dans les textes positifs. Selon cette conception, il n'appartient pas à la science du droit d'inventer les règles juridiques, lorsqu'elles n'existent pas positivement. La tâche de la science du droit, comme celle de toutes les autres sciences est seulement de *décrire*, et non pas de *prescrire*. Comme Kelsen l'affirme très clairement, « ce qui ne se trouve pas dans le contenu des normes juridiques positives ne peut pas entrer dans un concept juridique... Une science doit décrire son objet tel qu'il est, et non pas prescrire ce qu'il devrait être ou ne devrait pas être... »⁵². Et dans notre domaine, c'est-à-dire en matière de haute trahison, il n'existe pas de règle juridique définissant ce crime. De plus, il n'existe pas non plus de jurisprudence de la Haute Cour de justice. Si un jour la Haute Cour de justice fonctionne et définit le crime de haute trahison, nous pourrions alors le décrire. Mais nous ne pouvons pas faire une prédiction sur une définition qui pourrait s'illustrer dans l'avenir, car « la science ne peut porter que

52. Kelsen, *General Theory of Law and State*, op. cit., p.xiii et xiv.

sur une réalité connaissable »⁵³, et la jurisprudence de la Haute Cour de justice dans l'avenir n'est pas encore connaissable.

En conséquence, nos développements ci-dessous n'ont aucune force juridique. Si un jour la Haute Cour de justice fonctionne, elle pourra définir tel ou tel acte du président de la République comme constituant un crime de haute trahison.

* * *

Ainsi après avoir fait cette remarque préliminaire, nous pouvons maintenant essayer de déterminer *quels actes du président de la République accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle constituent le crime de haute trahison et lesquels ne le constituent pas.*

Plus haut, nous avons vu les actes du président de la République accomplis dans les différentes phases de la procédure de révision constitutionnelle. Nous avons vu que d'abord le président de la République a le pouvoir d'initiative. Ensuite il appartient au président de la République de donner suite à une proposition ou à un projet de révision adopté en termes identiques par les deux assemblées. Enfin, c'est le président de la République qui promulgue la loi constitutionnelle approuvée par le Congrès du Parlement ou par le peuple statuant par référendum.

Maintenant nous allons nous demander tour à tour si ces actes pourraient constituer le crime de haute trahison. En d'autres termes, la responsabilité du président de la République pour haute trahison pourrait être mise en jeu lorsqu'il accomplit tel ou tel acte dans la procédure de révision constitutionnelle ? A ce propos, nous allons nous poser essentiellement ces trois questions :

1. La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu à l'occasion de son pouvoir de l'initiative de révision constitutionnelle ?

2. La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu à l'occasion de sa possibilité d'interrompre ou de ne pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle ?

3. La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu à l'occasion de son pouvoir de promulgation d'une loi constitutionnelle ?

Enfin il faut signaler que la question de la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut se poser encore à l'occasion d'autres actes du président de la République accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle.

53 Troper, « Un système pur du droit... », *op. cit.*, p.123.

A. LA RESPONSABILITE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE POUR
HAUTE TRAHISON PEUT-ELLE ETRE MISE EN JEU A L'OCCASION DE
SON POUVOIR D'INITIATIVE DE REVISION CONSTITUTIONNELLE ?

Comme on l'a précédemment dit, le président de la République a le pouvoir d'initiative (art. 89, al.1^{er}). Mais le pouvoir d'initiative du président de la République en matière de révision constitutionnelle est soumise à une condition de forme, à une condition de fond et à une condition de temps.

D'abord, le pouvoir d'initiative du président de la République ne peut s'exercer que sur la proposition du Premier ministre (art. 89, al.1^{er}). Sans proposition du Premier ministre, l'initiative du président de la République est contraire à l'alinéa 1^{er} de l'article 89. Une telle initiative est un abus du président de la République de ses pouvoirs en matière de révision constitutionnelle. Par conséquent, cet abus pourrait éventuellement constituer un crime de haute trahison selon la libre appréciation de la Haute Cour de justice.

Deuxièmement, le président de la République ne doit pas proposer une révision de la Constitution qui toucherait à la « forme républicaine du Gouvernement » (art.89 *in fine*).

Enfin, le président de la République ne doit pas non plus proposer une révision de la Constitution « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire » (art.89, al.4).

D'ailleurs, le président de la République ne doit pas donner suite à la proposition du Premier ministre qui toucherait aux limites de fond et de temps à la révision constitutionnelle. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 89, l'initiative de la révision de la Constitution « appartient » au président de la République, c'est-à-dire qu'il est libre de donner, ou de ne pas donner suite, à la proposition du Premier ministre⁵⁴.

Alors l'initiative du président de la République sans proposition du président de la République, ou contraire à la forme républicaine du Gouvernement ou bien qui est faite lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire est contraire aux dispositions de l'article 89 de la Constitution. Ainsi, par une telle initiative, le président de la République viole les limites des pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 89 de la Constitution. Par conséquent, dans de tels cas, le président de la République peut être mis en accusation pour haute trahison par les deux assemblées statuant par un vote identique. Ainsi le président de la République qui abuse de sa fonction pourrait voir sa responsabilité engagée devant la Haute Cour de justice.

54. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 1.

B. LA RESPONSABILITE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE POUR HAUTE TRAHISON PEUT-ELLE ETRE MISE EN JEU A L'OCCASION DE SON POUVOIR D'INTERROMPRE OU DE NE PAS INTERROMPRE LA PROCEDURE DE REVISION CONSTITUTIONNELLE ?

Dans la *phase de l'approbation de la révision*, le président de la République accomplit différents actes. Par exemple, le choix entre l'approbation référendaire (art.89, al.2) et l'approbation parlementaire (art.89, al.3) appartient au président de la République. Dans la procédure parlementaire, l'ordre du jour du Congrès est fixé par le décret de convocation, signé par le président de la République et contresigné par le Premier ministre⁵⁵. Dans la procédure référendaire, il appartient au président de la République de fixer la date de consultation et de convoquer les électeurs⁵⁶.

Ici, la question de la responsabilité du président de la République pour haute trahison pourrait se poser à l'occasion de ces actes.

Par exemple, si le président de la République soumet au référendum le projet de révision constitutionnelle qui a été refusé par le Congrès, sa responsabilité pour haute trahison peut être mise en jeu, car cet acte est contraire à la Constitution. Il en résulte de l'alinéa 3 de l'article 89 que, dans le cas où le Congrès repousserait ou n'approuverait pas à la majorité qualifiée un projet de révision, le recours au référendum n'est plus possible⁵⁷.

La question de la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut se poser encore à l'occasion du fait que le président de la République interrompt la procédure de révision constitutionnelle en ne donnant pas suite à la proposition ou le projet adopté en termes identiques par les deux assemblées. Comme nous l'avons vu dans la première partie⁵⁸, le choix entre l'approbation référendaire (art.89, al.2) et l'approbation parlementaire (art.89, al.3) appartient au président de la République. Par conséquent, le président de la République peut bloquer la procédure de révision constitutionnelle en ne choisissant pas l'une des procédures d'approbation après que le projet de révision a été voté par les deux assemblées en termes identiques⁵⁹. Alors la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu lorsqu'il n'a pas donné suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle adopté par les deux assemblées en termes identiques ? En d'autres termes, le président de la République peut-il être responsable de haute trahison lorsqu'il a interrompu la procédure de révision constitutionnelle ?

Egalement la question de la révision constitutionnelle du président de la République pour haute trahison peut se poser lorsque le président de la République n'a

55. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3. (Gaxie, *op. cit.*, p.1334-35 ; Branchet, *op. cit.*, p.32-34).

56. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3. (Gaxie, *op. cit.*, p.1334 ; Branchet, *op. cit.*, p.32).

57. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3.

58. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3.

59. D'ailleurs un tel cas s'est produit à deux reprises en 1973 et en 1974.

pas interrompu la procédure de révision constitutionnelle, c'est-à-dire lorsqu'il a donné suite à une proposition ou à un projet de révision.

L'hypothèse est la suivante : selon l'article 89, al.1^{er}, l'initiative de la révision constitutionnelle appartient aussi aux membres du Parlement. Ainsi un membre du Parlement peut déposer une proposition de révision constitutionnelle. Cette proposition doit respecter les limites à la révision constitutionnelle (art.89, al.4 et 5). Mais si un membre du Parlement a déposé une proposition de révision qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle, par exemple, qui touche à la forme républicaine du Gouvernement, ou s'il l'a déposée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire, les assemblées ne doivent pas voter une telle proposition. Mais si les assemblées l'ont votée en termes identiques, et que le président de la République l'a soumise au référendum, la responsabilité du président de la République peut-elle être engagée de ce fait?

La même question peut se poser également concernant les projets de révision constitutionnelle. Si un projet de révision contraire aux limites à la révision constitutionnelle a été déposé, les assemblées ne doivent pas le voter. Mais si ce projet a été voté par deux assemblées en termes identiques et s'il a été soumis au Parlement du Congrès par le président de la République, la responsabilité de ce dernier peut-elle être mise en jeu devant la Haute Cour de justice ?

Alors la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu lorsqu'il a donné suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle ?

A notre avis, pour répondre à ces questions, il faut d'abord résoudre le problème de savoir si le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. En d'autres termes, le président de la République est-il obligé de donner suite aux propositions ou aux projets adoptés en termes identiques par deux assemblées, en soumettant la proposition au Congrès et le projet au référendum ou au Congrès du Parlement ?

En effet, si *le président de la République n'a pas le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle*, la responsabilité du président de la République ne peut pas être mise en jeu pour haute trahison, lorsqu'il a donné suite à une proposition ou à un projet de révision qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle, car, dans cette hypothèse, le président de la République fait ce qu'il doit faire. Alors, puisqu'il n'applique que des dispositions constitutionnelles, il n'y a pas de manquement de la part du président de la République aux obligations de sa charge; et par conséquent sa responsabilité pour haute trahison ne peut pas être mise en jeu lorsqu'il n'a pas interrompu la procédure de révision constitutionnelle.

Au contraire, si l'on admet que le président de la République n'a pas le droit d'interrompre la procédure de révision, la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut être mise en jeu, lorsqu'il a interrompu la procédure de révision constitutionnelle en ne donnant pas suite à une proposition ou à un projet

de révision adopté par deux assemblées en termes identiques. Car, dans cette hypothèse, le président de la République viole les limites de ses pouvoirs en bloquant la procédure de révision constitutionnelle. Ainsi il porte atteinte aux compétences des autres organes de révision constitutionnelle. Et ce fait peut être considéré comme un crime de Haute Cour de justice selon l'appréciation de la Haute Cour de justice.

Mais si le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle, la responsabilité du président de la République pour haute trahison ne peut pas être mise en jeu lorsqu'il a interrompu la procédure de révision constitutionnelle, car dans cette hypothèse, il exerce son droit constitutionnel.

Au contraire si l'on admet que le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle, il peut être responsable de haute trahison lorsqu'il a donné suite à une proposition ou à un projet de révision qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Car, dans cette hypothèse, le président de la République viole les devoirs de sa fonction. Il donne suite à une proposition ou à un projet qui ne devait pas être soumise à l'approbation du Congrès du Parlement ou du peuple statuant par référendum.

Alors, le président de la République a-t-il le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle ?

Nous avons examiné cette question plus haut⁶⁰. On se souviendra que nous avons conclu qu'en France, le président de la République n'a pas en principe le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Le président de la République est tenu de donner suite à une proposition ou à un projet de révision adopté par les deux assemblées en termes identiques. Cependant, nous avons admis que le président de la République peut et doit interrompre la procédure de révision lorsqu'il n'existe pas une proposition ou un projet au sens de l'article 89. Mais en dehors de ces cas, le président de la République est obligé de donner suite à une proposition ou à un projet de révision qui a été adopté par les deux assemblées en termes identiques, même s'il estime qu'il y a des irrégularités sur le fond.

Nous avons vu ensuite les irrégularités pour lesquelles le président de la République peut et doit refuser de promulguer loi constitutionnelle.

D'abord, le président de la République peut et doit refuser de donner suite aux actes qui se présente comme la proposition de révision et qui ne sont pas cependant l'oeuvre des personnes ou des organes de révision constitutionnelle prévus par l'article 89 de la Constitution.

Deuxièmement, le président de la République peut refuser de donner suite à une proposition ou à un projet de révision qui a été voté par une seule assemblée, et non pas par « les deux assemblées ».

60. Ce titre, Chapitre 1, Section 1.

Troisièmement le président de la République peut refuser de donner suite à une proposition ou à un projet de révision qui a été voté par les deux assemblées, mais non pas « en termes identiques ». Car, il résulte de l'alinéa 2 de l'article 89 que le président de la République n'est pas obligé de donner suite à une proposition ou à un projet de révision qui n'est pas adopté « en termes identiques ».

Enfin, le président de la République peut et doit vérifier si les règles de majorité dans le vote en termes identiques sont respectées. Ainsi il doit refuser de promulguer la loi constitutionnelle, si la proposition ou le projet n'est pas adopté par la majorité des suffrages exprimés.

Nous avons vu également les irrégularités pour lesquelles le président de la République ne peut pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Ainsi le président de la République ne peut pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle sous prétexte que la proposition ou le projet de révision constitutionnelle touche à la forme républicaine du Gouvernement ou qu'il a été fait lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

* * *

Posons maintenant de nouveau les questions que nous avons posées plus haut : le président de la République peut-il être responsable de haute trahison lorsqu'il a interrompu ou qu'il n'a pas interrompu la procédure de révision constitutionnelle ?

Alors maintenant nous pouvons répondre à cette question en fonction de ces distinctions.

La responsabilité pour haute trahison du président de la République peut être mise en jeu, lorsqu'il a donné suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle qui est entaché d'une irrégularité pour laquelle il peut et doit interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Car dans cette hypothèse, en donnant suite à un acte qui se présente comme une proposition ou un projet de révision et cependant qui ne l'est pas réellement, le président de la République viole les obligations de sa charge. Et ceci pourrait constituer selon la libre appréciation de la Haute Cour de justice un crime de haute trahison. Par exemple si le président de la République soumet au Congrès du Parlement un projet de révision qui n'a pas été voté par les deux assemblées en termes identiques, mais qui émane par exemple d'un usurpateur, sa responsabilité pour haute trahison pourrait être mise en jeu. Également s'il soumet au référendum une proposition de révision qui n'a été votée que par une assemblée, il peut se voir sa responsabilité engagée devant la Haute Cour de justice. Car, dans ces hypothèses, le président de la République viole les limites de ses pouvoirs, c'est-à-dire qu'il commet un manquement aux obligations de sa charge. Et ceci pourrait constituer selon l'appréciation de la Haute Cour de justice un crime de haute trahison.

Cependant, la responsabilité pour haute trahison du président de la République ne peut pas être mise en jeu, lorsqu'il donne suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle qui est entaché d'une irrégularité pour laquelle il n'a pas le droit d'interrompre la procédure de révision. Car dans cette hypothèse, en donnant suite à une proposition ou à un projet de révision, le président de la

République ne remplit que son devoir. Par exemple selon notre conclusion, le président de la République ne peut pas interrompre la procédure de révision sous prétexte que la proposition ou le projet de révision est contraire à la forme républicaine du gouvernement. Alors le président de la République n'est pas responsable de haute trahison s'il soumet au Congrès du Parlement un projet de révision qui pourrait éventuellement être contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine. Dans cette hypothèse, au contraire, si le président de la République interrompt la procédure de révision constitutionnelle, même s'il estime que la proposition ou le projet dépasse ses limites, la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut être engagée.

* * *

Comme nous l'avons déjà signalé ci-dessus nos conclusions n'ont aucune force obligatoire. Elles ne sont que des réflexions personnelles sur ce problème. Rappelons que la haute trahison n'est définie ni légalement ni jurisprudentiellement et que la Haute Cour de justice a la pouvoir de libre appréciation dans la qualification des faits constituant le crime de haute trahison et de déterminer les peines.

Par conséquent, il appartient à la Haute Cour de justice de déterminer si le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Alors les développements que nous avons faits ici ne sont que des réflexions personnelles. Ils ne sont pas juridiquement valables. La Haute Cour de justice pourrait éventuellement faire des conclusions différentes des nôtres. Par exemple, elle pourrait conclure que le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision si la proposition est contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

C. LA RESPONSABILITE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE POUR HAUTE TRAHISON PEUT-ELLE ETRE MISE EN JEU A L'OCCASION DE SON POUVOIR DE PROMULGATION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES ?

La question qui se pose ici est celle de savoir si la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut être mise en jeu lorsqu'il a promulgué une loi constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle ?

A notre avis, la réponse à cette question dépend de la réponse donnée à la question de savoir si le président de la République peut refuser de promulguer une loi constitutionnelle.

En effet, si l'on donne une *réponse négative* à cette question, c'est-à-dire que si le président de la République n'a pas le pouvoir de refuser de promulguer les lois constitutionnelles, la responsabilité du président de la République ne peut pas être mise en jeu pour haute trahison, car dans cette hypothèse, le président de la République fait ce qu'il doit faire. Alors, dans ce cas, il n'y a pas de manquement de la part du président de la République aux obligations de sa charge. Par conséquent la responsabilité du président de la République ne peut pas être mise en jeu dans une telle hypothèse.

Mais si l'on donne une *réponse affirmative* à cette question, c'est-à-dire *si le président de la République a le droit de refuser la promulgation des lois constitutionnelles*, il peut être responsable de haute trahison pour la promulgation d'une loi contraire aux limites à la révision constitutionnelle, car dans cette hypothèse, le président de la République viole les devoirs de sa fonction. Il promulgue une loi constitutionnelle qui ne doit pas être promulguée du fait qu'elle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

Alors le président de la République a-t-il le droit de refuser la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle ?

Nous avons examiné cette question plus haut⁶¹.

On se souviendra que nous avons conclu qu'en France, la promulgation des lois constitutionnelles est en principe de *caractère obligatoire*. Le président de la République est tenu de promulguer une loi constitutionnelle adoptée par le Parlement réuni en Congrès ou par le référendum du peuple.

Cependant, tout en acceptant le caractère obligatoire de la promulgation des lois constitutionnelles, nous avons admis que le président de la République peut et doit refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle qui est « inexistante », qui n'a pas pris « réellement naissance », qui est « extérieurement régulière » ou qui est entachée d'un « vice flagrant de procédure ». Et en dehors de ces cas, le président de la République est obligé de promulguer la loi constitutionnelle qui a été adoptée par l'organe de révision constitutionnelle, même s'il juge qu'il y a des irrégularités sur le fond.

Nous avons vu ensuite également les irrégularités pour lesquelles le président de la République peut et doit refuser de promulguer loi constitutionnelle.

D'abord, le président de la République peut et doit refuser de promulguer comme loi constitutionnelle les actes qui ne sont pas l'oeuvre des organes de révision constitutionnelle prévus par l'article 89 (et de l'article 11) de la Constitution.

Deuxièmement, le président de la République peut refuser de promulguer des lois constitutionnelles qui émanent des organes de révision constitutionnelle, mais qui ont été adoptées dans une procédure irrégulière, autrement dit, si la loi constitutionnelle est entachée d'un « vice flagrant de procédure ». Par exemple, si le projet ou la proposition de loi constitutionnelle n'a pas été voté par les deux assemblées *en termes identiques*, le président de la République peut et doit refuser de la promulguer. Également le président de la République peut et doit vérifier si les règles de majorités dans les scrutins sont respectées. Ainsi il doit refuser de promulguer la loi constitutionnelle, si elle n'est pas adoptée par une majorité de trois cinquièmes des suffrages exprimés dans le Congrès.

61. Ce titre, Chapitre 1, Section 2.

Nous avons vu également les irrégularités pour lesquelles le président de la République ne peut pas refuser la promulgation. Ainsi le président de la République ne peut pas refuser de promulguer une loi constitutionnelle sous prétexte qu'elle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Par exemple, le président de la République ne peut pas vérifier si la loi constitutionnelle est conforme ou non à l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement prévue par le dernier alinéa de l'article 89. De même, il ne peut pas non plus refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle sous prétexte qu'elle est adoptée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

* * *

Posons maintenant de nouveau la question que nous avons posée plus haut : le président de la République peut-il être responsable de haute trahison lorsqu'il a promulgué une loi constitutionnelle entachée des irrégularités faites par d'autres organes de révision constitutionnelle ?

Alors maintenant on peut répondre à cette question en fonction de ces distinctions.

La responsabilité pour haute trahison du président de la République peut être mise en jeu, lorsqu'il a promulgué une loi constitutionnelle qui est entachée d'une irrégularité pour laquelle il peut et doit refuser de la promulguer. Car dans cette hypothèse, en promulguant comme loi constitutionnelle un acte qui ne l'est pas réellement, le président de la République viole les obligations de sa charge. Et ceci pourrait constituer selon l'appréciation de la Haute Cour de justice un crime de haute trahison. Par exemple si le président de la République promulgue comme loi constitutionnelle un acte qui émane d'un usurpateur, et non pas des organes désignés à cet effet par la constitution, sa responsabilité pour haute trahison peut être mise en jeu. Egalement s'il ne refuse pas de promulguer une loi constitutionnelle qui n'a pas été adoptée par la majorité nécessaire, il peut voir sa responsabilité engagée devant la Haute Cour de justice. Car, dans ces hypothèses, le président de la République viole les limites de ses pouvoirs. c'est-à-dire qu'il commet un manquement aux obligations de sa charge. Et ceci peut constituer selon l'appréciation de la Haute Cour de justice un crime de haute trahison.

Cependant, la responsabilité pour haute trahison du président de la République ne peut pas être mise en jeu, lorsqu'il a promulgué une loi constitutionnelle qui est entachée d'une irrégularité pour laquelle il ne peut pas refuser de la promulguer. Car dans cette hypothèse, en promulguant la loi constitutionnelle, le président de la République ne remplit que son devoir. Par exemple selon notre conclusion ci-dessus le président de la République ne peut pas refuser de promulguer une loi constitutionnelle sous prétexte qu'elle est contraire à la forme républicaine du gouvernement. Alors le président de la République n'est pas responsable de haute trahison s'il promulgue une loi constitutionnelle qui peut éventuellement être contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine. Dans cette hypothèse, au contraire, si le président de la République refuse de promulguer une loi de révision constitutionnelle, même s'il estime que cette loi dépasse ses limites, la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut être engagée.

D. AUTRES ACTES DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE POUR LESQUELS
LA QUESTION DE SA RESPONSABILITE POUR HAUTE TRAHISON
PEUT SE POSER

Enfin il faut signaler que la question de la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut se poser encore à l'occasion d'autres de ses actes accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle.

1. Par exemple, la responsabilité du président de la République pour haute trahison peut se poser aussi à l'occasion de ses actes accomplis dans le cadre de l'article 11. En effet comme nous l'avons vu dans la première partie⁶², dans la procédure de l'article 11, le principal acteur est le président de la République. Ainsi, la décision du recourir au référendum appartient au président de la République. Mais cette décision est soumise à des conditions de forme, de fond et de temps.

D'abord, cette décision du président de la République ne peut être prise que sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions parlementaires ou sur proposition conjointe des deux assemblées (art.11). Ensuite la révision de la Constitution dans la cadre de l'article 11 est limitée encore par l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement. Enfin l'article 11 ne peut pas être utilisé encore en vue d'une révision constitutionnelle « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ».

Ainsi la décision du président de la République de recourir au référendum contrairement à ces conditions pourrait éventuellement constituer un crime de haute trahison et par conséquent le président de la République pourrait voir sa responsabilité engagée devant la Haute Cour de justice.

2. D'ailleurs, si le président de la République emploie une autre procédure pour procéder à une révision de la Constitution, ce fait aussi pourrait éventuellement constituer un crime de haute trahison.

Par exemple si l'on admet que la procédure de l'article 11 ne peut être utilisé pour réviser la Constitution, l'application de l'article 11 pour réviser la Constitution pourrait également constituer une haute trahison. Ceci n'est pas une hypothèse d'école. Comme on le sait, à deux reprises, en 1962 et en 1969, le général de Gaulle a utilisé l'article 11 pour réviser la Constitution de 1958. Comme nous l'avons vu dans la première partie⁶³, l'emploi de cet article pour procéder à une révision de Constitution a suscité une vaste controverse. En 1962, Gaston Monnerville, président du Sénat, avait accusé le général de Gaulle, président de la République, du crime de forfaiture qui aurait pu justifier le déclenchement de la procédure de haute trahison. Le président du Sénat reprochait au président de la République d'avoir violé la Constitution en soumettant directement au référendum le projet de

62. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, C, 1.

63. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, C.

révision constitutionnelle. Cependant on sait que cette procédure n'est jamais intervenue⁶⁴.

Dans tous les cas, il y a une irrégularité faite directement par le président de la République, parce que, dans l'article 89, l'initiative de révision constitutionnelle appartient au président de la République et il n'est pas tenu d'accepter la proposition du Premier ministre. D'autre part, les actes du président de la République pris dans les cadre de l'article 11 ne sont même pas soumis au contreseing du Premier ministre (art.19). Il y a, dans ces cas, des actes du président de la République qui pourraient engager sa responsabilité s'ils constituent un crime de haute trahison.

CONCLUSION

En conclusion, si le président de la République accomplit un acte pour lequel sa responsabilité de haute trahison peut être mise en jeu, par exemple, s'il interrompt la procédure de révision constitutionnelle ou s'il n'a pas promulgué la loi constitutionnelle adoptée conformément à sa procédure sous prétexte qu'elle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle, les deux assemblées statuant par un vote identique peuvent mettre en accusation le président de la République pour haute trahison. Et la Haute Cour de justice peut le condamner si elle juge que les faits reprochés au président de la République constituent un crime de haute trahison.

L'acte d'accusation, c'est-à-dire le vote identique de deux assemblées, n'est pas contestable. Il traduit le président de la République devant la Haute Cour de justice. Alors, en phase d'accusation, l'interprétation des deux assemblées a le caractère authentique. C'est-à-dire que juridiquement elle est la seule valable.

Par contre, une fois, le président de la République mis en accusation et traduit devant la Haute Cour de justice, c'est cette dernière qui a le *pouvoir d'interprétation authentique*. Il peut souverainement apprécier si le fait reproché au président de la République constitue un crime de haute trahison. Par exemple la Haute Cour de justice décidera de savoir si le fait de ne pas donner suite à une proposition qui a été adoptée en termes identiques par les deux assemblées constitue ou non un crime de haute trahison. Et si la Haute Cour de justice décide que l'acte du président de la République en question est contraire à la Constitution, elle peut le condamner pour haute trahison. Egalement, la Haute Cour de justice peut faire le contraire. Elle peut estimer qu'il y a une proposition de révision constitutionnelle qui est contraire à la Constitution et que le président de la République a le pouvoir de ne pas donner suite à une telle proposition. Elle peut donc acquitter le président de la République.

La décision de la Haute Cour de justice est définitive. Elle est juridiquement incontestable. C'est-à-dire que l'interprétation de la Haute Cour de justice a le caractère authentique.

64. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, op. cit., p.518.

Comme on le voit, le président de la République, les organes d'accusation et la Haute Cour de justice ont tour à tour le pouvoir d'interprétation authentique.

D'abord le président de la République a le pouvoir d'interprétation authentique. Cependant il doit prendre en considération la réaction éventuelle des deux assemblées, car ces dernières pourraient le mettre en accusation pour haute trahison statuant par un vote identique, et le fait que la Haute Cour de justice peut le condamner pour haute trahison.

Deuxièmement les deux assemblées ont le pouvoir d'interprétation authentique pour traduire le président de la République devant la Haute Cour de justice. Mais elles n'ont pas elles-mêmes le pouvoir de le juger. Ce pouvoir n'appartient qu'à la Haute Cour de justice.

Enfin la Haute Cour de justice elle aussi a le pouvoir d'interprétation authentique. Elle peut souverainement apprécier si les faits reprochés au président de la République constituent un crime de haute trahison. Mais pour cela, elle doit être préalablement saisie, c'est-à-dire que le président de la République doit être mis en accusation par les deux assemblées par un vote identique.

Dans ce schéma, la Constitution n'est pas conçue comme un ensemble de règles juridiques obligatoires, mais plutôt comme un ensemble de règles de jeu. Chaque auteur est en principe libre de choisir son comportement. Mais il doit prendre en considération les réactions des autres organes constitutionnels.

Ainsi, notre schéma d'explication de la procédure de haute trahison est conforme à la *conception mécaniste de la constitution*⁶⁵. Dans cette conception, la constitution est perçue « comme l'organisation même du pouvoir politique dans l'Etat, dans laquelle les autorités ont des compétences et des moyens d'actions mutuels si bien équilibrés qu'elles ne pourraient pas, même si elles le voulaient, outrepasser leurs pouvoirs. Elles ne sont pas à proprement parler soumises à des *obligations* mais à des *contraintes*, qui résultent pour chacune d'elles de son insertion dans un système complexe »⁶⁶. Comme l'affirme Michel Troper, « les conduites des pouvoirs publics ne sont pas perçues comme *l'application ou la violation de normes obligatoires*⁶⁷, mais comme le produit d'un ensemble complexe de causes, parmi lesquelles figurent les dispositions constitutionnelles et leurs relations mutuelles. La question n'est pas de savoir ce qu'une autorité *doit* faire ou ce qu'il lui est *permis* de faire, mais ce qu'il lui sera *possible* de faire »⁶⁸. En d'autres termes, « si l'on considère... les dispositions constitutionnelles non pas isolément, mais dans leurs relations mutuelles, on doit constater *non qu'elles obligent ou habilitent*, mais qu'elles rendent possibles des stratégies. *Si la Constitution est un ensemble de règles, ce ne sont pas des règles juridiques, mais les règles*

65. Autrement dit, la « constitution institutionnelle » ou la « constitution comme idée ». Dans le même sens les auteurs parlent encore du « contenu politique de la constitution » ou de la « lecture politique de la constitution » .

66. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *op. cit.*, p.62.

67. C'est nous qui soulignons.

68. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *op. cit.*, p.68.

d'un jeu: chacun des acteurs choisit entre plusieurs conduites, non pas en fonction de la formulation linguistique des dispositions, mais en considérant les réactions qu'il peut déclencher de la part de ses partenaires »⁶⁹.

Michel Troper conclut que *la constitution « n'est pas obligatoire, mais dans la mesure où elle englobe tous les pouvoirs publics dans un faisceau de relations nombreuses et complexes, elle limite la liberté de chacun de déterminer seul ses propres compétences. Cette limitation n'est pas d'ordre juridique. Il ne s'agit pas d'obligation, mais de contrainte »*⁷⁰.

Par exemple, le président de la République peut refuser de donner suite à une proposition de révision constitutionnelle adoptée en termes identiques par deux assemblées, mais il doit savoir que cet acte peut provoquer la réaction des assemblées, et par conséquent elles peuvent l'accuser de haute trahison, ainsi que la Haute Cour de justice peut le condamner.

Les deux assemblées, organes d'accusation, ont le pouvoir d'accuser le président de la République. Mais la condamnation dépend de la Haute Cour de justice. De plus l'Assemblée nationale doit savoir que le président de la République peut la dissoudre en réaction.

Il semble c'est la Haute Cour de justice qui a la compétence de dire le dernier mot, c'est-à-dire le pouvoir d'interprétation authentique. Mais elle doit encore prendre en considération les réactions des autres organes constitutionnels, ainsi que celles des groupes de pression ; car, en dernière analyse, elle fonctionne dans un système politique.

* * *

Il résulte de tout ce qui précède que la responsabilité du président de la République pour haute trahison est loin de constituer une sanction efficace pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle aux limites à la révision constitutionnelle. D'ailleurs, la responsabilité du président de la République pour haute trahison comme garantie personnelle n'est pas un moyen en soi efficace, car elle ne touche pas à la force obligatoire de la loi constitutionnelle irrégulière⁷¹. En d'autres termes, elle laisse subsister la loi de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle⁷².

D'ailleurs rappelons encore une fois que le crime de haute trahison n'est défini ni légalement ni jurisprudentiellement et qu'en France la Haute Cour de justice n'a jamais fonctionné. Par conséquent la responsabilité du président de la République

69. *Ibid.*, p.70.

70. Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, p.150. C'est nous qui soulignons.

71. Kelsen affirme ceci pour les garanties personnelles en général. Selon lui, les garanties personnelles sont insuffisantes « en ce qu'elles ne touchent pas à la force obligatoire de l'acte irrégulier, et en particulier de la loi inconstitutionnelle » (Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *op. cit.*, p.222-223).

72. Cf. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *op. cit.*, p.251.

pour haute trahison reste une sanction tout à fait exceptionnelle et théorique. Cependant on peut affirmer, avec le président Dmitri Georges Lavroff, que cette sanction

« n'est pas pour autant inutile, car on conçoit qu'un président de la République abuse de ses pouvoirs et qu'il n'y ait pas d'autre moyen que la traduction devant la Haute Cour de justice pour mettre fin à une situation contraire au droit »⁷³.

Ainsi, dans un système où il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, la seule sanction envisageable pour assurer le respect des limites à la révision constitutionnelle consiste en la responsabilité du président de la République qu'offre l'institution de haute trahison.

73. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.518.

Sous-section 3
LA RESPONSABILITE PENALE DES MINISTRES
PEUT-ELLE ETRE MISE EN JEU EN CAS D'EDICITION DES LOIS
CONSTITUTIONNELLES CONTRAIRES AUX LIMITES A LA REVISION
CONSTITUTIONNELLE ?

Nous venons de voir la question de la mise en jeu de la responsabilité du président de la République pour haute trahison en cas d'édiction des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle.

Maintenant en suivant toujours le schéma de Hans Kelsen, comme autre *sanc-tion répressive personnelle*, nous allons voir la question de savoir si la responsabilité pénale des ministres peut être mise en jeu en cas d'édiction d'une loi de révision constitutionnelle qui dépasse ses limites.

D'abord voyons ce problème en général.

Comme nous l'avons déjà noté, selon Kelsen,

« les individus associés à la législation – chef de l'Etat, ministres – peuvent être soumis à une responsabilité pour l'inconstitutionnalité des lois, surtout si la Constitution dispose qu'ils assument par la promulgation ou leur contreseing la responsabilité de la constitutionnalité de la procédure législative. De fait, l'institution de la responsabilité ministérielle, caractéristique des Constitutions modernes, sert aussi à assurer la constitutionnalité des lois »¹.

Ainsi on peut théoriquement affirmer qu'il est possible de mettre en jeu la responsabilité pénale des ministres qui ont accompli des actes dans la procédure législative. Alors les ministres pourront être frappés « de sanctions pénales au cas où ils auraient collaboré à l'édiction d'une loi 'inconstitutionnelle' »².

A notre avis, ceci pourrait être affirmé aussi en matière de révision constitutionnelle. Ainsi les ministres peuvent être soumis à une responsabilité pour l'irrégularité des lois constitutionnelles, s'ils accomplissent des actes dans la procédure de

1. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.* p.222.

2. *Ibid.*, p.364.

révision constitutionnelle, tout au moins s'il assure la promulgation des lois constitutionnelles.

Nous allons maintenant examiner de plus près cette question à partir de l'exemple de la *France*. En d'autres termes, en France, la responsabilité pénale des ministres peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction d'une loi constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle ?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord voir brièvement la responsabilité pénale des ministres en général.

* * *

La loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993³ introduit un titre X, intitulé « De la responsabilité pénale des membres du Gouvernement » comportant un nouvel article 68-1 ainsi rédigé :

Art. 68-1. – Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis.

Ils sont jugés par la Cour de justice de la République.

La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi.

L'article 68-2 détermine l'organisation⁴ de la Cour de justice de la République et la procédure⁵ devant cette Cour.

Ainsi la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 distingue radicalement la situation de la responsabilité pénale des ministres de la responsabilité du président de la République. Cette loi constitutionnelle, en instituant une Cour de justice de la République qui a pour mission de rendre des jugements à l'encontre des membres du Gouvernement, distingue radicalement la responsabilité du président de la République pour haute trahison de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement, non seulement du point de vue des conditions de la responsabilité, mais aussi quant aux organes devant lesquels ils seront jugés.

Selon l'article 68-1, les ministres sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Ces actes doivent constituer un crime ou délit au moment où ils ont été commis (art.68-1, al.1^{er}). Ainsi, la révision constitutionnelle pénale des ministres, à la différence de celle du président de la République, est rattachée à un crime ou à un délit. La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi (art.68-1, al.3). En d'autres termes, le principe de

3. *Journal officiel*, 28 juillet 1993.

4. Pour l'organisation de la Cour voir Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.519-522 ; « Cour de justice de la République », in *Nouveau répertoire du droit*, Mise à jour 1980 à 1994, Paris, Dalloz, 1994, p.452-453 ; Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.522-523.

5. Pour la procédure devant la Cour voir Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.522-526 ; « Cour de justice de la République », in *Nouveau répertoire du droit*, Mise à jour 1980 à 1994, *op. cit.*, p.453 ; Turpin, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.522-523.

légalité des délits et des peines (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) retrouve ainsi sa place habituelle⁶.

La responsabilité pénale des ministres peut-elle être mise en jeu devant la Cour de justice de la République en cas d'édiction une loi constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle ?

La réponse affirmative à cette question dépend de la réalisation de deux conditions.

§ 1. LA PREMIERE CONDITION

La première condition de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement est qu'ils accomplissent des actes dans la procédure de révision constitutionnelle. Il est évident que s'il n'y a pas de tels actes, la responsabilité pénale des membres du Gouvernement ne peut pas être mise en question ; car selon l'alinéa 1^{er} de l'article 68-1, « Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions ».

Maintenant recherchons si cette condition est remplie.

Comme nous l'avons vu dans la première partie⁷, dans la Constitution française de 1958, le Gouvernement et le Premier ministre sont associés à la procédure de révision constitutionnelle.

A. Dans la *procédure de révision constitutionnelle fixée par l'article 89* de la Constitution, l'intervention du Premier ministre et du Gouvernement pourrait être envisagé dans les cas suivants.

Il peut s'agir d'abord de l'intervention du Premier ministre dans la phase de l'initiative de la révision. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 89, le pouvoir d'initiative du président de la République ne peut s'exercer que « sur proposition du Premier ministre ». En effet, l'initiative du président de la République doit être contresignée par le Premier ministre, car l'article 19 ne mentionne pas l'article 89.

Deuxièmement, dans la phase de l'élaboration de la révision, la procédure de révision est soumise aux mêmes règles que la procédure législative ordinaire⁸, en dehors de la condition de vote « par les deux assemblées en termes identiques » (art.89, al.2). Par conséquent, le Gouvernement dispose aussi des mêmes pouvoirs. Par exemple, il a la maîtrise de l'ordre du jour, c'est-à-dire qu'il fait venir en discussion devant le Parlement les propositions qu'il veut, et peut enterrer définitivement les autres. Il peut également s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission compétente, recourir à la procédure de « vote bloqué » (art.44), engager sa responsabilité (art.49).

6. Besson, *op. cit.*, p.1186, n°31.

7. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 1.

8. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 2. (Gaxie, *op. cit.*, p.1329).

Dans la phase de l'approbation de la révision, le choix entre le référendum et le Congrès appartient au président de la République. Cependant la décision est soumise au contreseing du Premier ministre, en raison de l'exclusion de l'article 89 de la liste limitative prévue par l'article 19 de la Constitution⁹. Dans cette phase également, l'ordre du jour du Congrès est fixé par le décret de convocation, signé par le président de la République et contresigné par le Premier ministre¹⁰. Dans la procédure référendaire, il appartient au président de la République de fixer la date de consultation et de convoquer les électeurs¹¹. Cependant cette décision est soumise au contreseing du Premier ministre, car l'article 19 ne mentionne pas l'article 89.

Enfin, en ce qui concerne la promulgation de la loi constitutionnelle, ce pouvoir appartient au président de la République (art.10), mais il est soumis au contreseing du Premier ministre (art.19).

Encore il faut préciser que selon l'article 19, ces actes du président de la République sont contresignés non seulement par le Premier ministre, mais le cas échéant par les ministres responsables. Par exemple, la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 est contresignée par le Premier ministre et le garde des sceaux¹².

B. Dans la *procédure de l'article 11*¹³, la décision du président de la République de recourir au référendum peut être prise sur proposition du Gouvernement. Et celle-ci est soumise à une condition : elle ne peut être présentée que pendant la durée des sessions parlementaires. Il faut préciser qu'ici, ce n'est pas le Premier ministre, mais c'est le Gouvernement qui est compétent pour faire la proposition. Il faut aussi souligner que les actes du président de la République prise dans les cadre de l'article 11, comme la décision du président de la République de recourir ou de ne pas recourir au référendum, ne sont pas soumis au contreseing du Premier ministre (art.19).

Alors maintenant nous pouvons affirmer que la première condition est remplie : il y a des actes accomplis par les membres du Gouvernement dans la procédure de révision constitutionnelle.

En résumé, ces actes sont de deux sortes :

1. Les actes de proposition :

a) L'initiative du président de la République dans le cadre de l'article 89 est soumise à la proposition du Premier ministre (art. 89, al.1^{er}).

9. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 2.

10. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3. (Gaxie, *op. cit.*, p.1334-35).

11. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, B, 3. (Gaxie, *op. cit.*, p.1334).

12. *Journal officiel*, 28 juillet 1993.

13. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, C, 1.

b) La décision du président de la République de recourir au référendum dans le cadre de l'article 11 est soumise à la proposition du Gouvernement (art. 11, al.1^{er}).

2. Les pouvoirs dont le Gouvernement dispose dans la phase de l'élaboration de la révision, comme le « vote bloqué », comme l'engagement de la responsabilité du Gouvernement.

3. Les actes de contreseing :

a) Les actes du président de la République pris dans le cadre de l'article 89 sont soumis au contreseing du Premier ministre et le cas échéant des ministres responsables (art.19). Cependant les actes du président de la République pris dans le cadre de l'article 11 ne sont pas soumis au contreseing du Premier ministre (art.19).

b) Les actes de promulgation (art.10) du président de la République des lois constitutionnelles sont soumis au contreseing du Premier ministre et le cas échéant des ministres responsables (art.19).

Alors, les membres du gouvernement sont associés dans certains cas à la procédure de révision constitutionnelle. En d'autres termes, ils accomplissent certains actes dans l'exercice de ces fonctions qui leur sont conférées en vue de réaliser une révision constitutionnelle. Ainsi la première condition de la responsabilité pénale des membres du gouvernement est remplie.

§ 2. LA DEUXIEME CONDITION

Mais il y a encore une autre condition pour la mise en jeu de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement : ses actes doivent constituer un crime ou un délit au moment ou ils ont été commis (art.68-1, al.1^{er}).

Maintenant recherchons si cette condition est remplie.

1. On peut d'abord affirmer que le Premier ministre ne doit pas proposer une révision de la Constitution qui serait contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Par exemple il ne doit pas proposer la révision de la Constitution « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire » (art.89, al.4) ou « durant la vacance du président de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du président de la République et l'élection de son successeur » (art.7, *in fine*). Il ne doit pas non plus proposer une révision de la Constitution qui toucherait à la « forme républicaine du Gouvernement » (art.89 *in fine*).

2. De même, on peut penser que si la proposition ou le projet de révision est contraire aux limites à la révision constitutionnelle, le Gouvernement ne doit pas utiliser les pouvoirs dont il dispose dans la phase de l'élaboration de la révision,

comme le « vote bloqué », comme l'engagement de la responsabilité du Gouvernement pour faire voter la proposition ou le projet.

3. On peut également encore s'interroger sur la question de savoir si le Premier ministre peut et doit ne pas contresigner les actes du président de la République, comme la décision de donner suite aux propositions ou aux projets de révision constitutionnelle qui seraient entachés d'irrégularités graves. Pour cette question on peut reprendre le développement que nous avons fait plus haut concernant la question de savoir si le président de la République a le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle.

4. Enfin on peut se demander si le Premier ministre doit refuser de contresigner la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle qui est entachée d'irrégularités graves. Sur ce point aussi on peut reprendre le débat concernant la question de savoir si le président de la République a le droit de refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle.

Sans entrer dans ce débat concernant le Premier ministre, dans l'hypothèse où l'on admet que le Premier ministre a des obligations, comme celle de ne pas proposer une révision constitutionnelle qui soit contraire aux limites à la révision constitutionnelle, ou de ne pas contresigner un acte du président de la République concernant une proposition de révision constitutionnelle ou une loi de révision constitutionnelle qui est entachée d'irrégularités graves, posons cette question : si le Premier ministre ne respecte pas ces obligations, sa responsabilité pénale peut-elle être mise en jeu ?

Comme nous l'avons vu, la responsabilité pénale des membres du Gouvernement obéit au principe de la légalité des délits. Selon l'article 68-1, al. 1^{er}, les actes des membres du gouvernement doivent constituer un crime ou un délit au moment où ils ont été commis. De même la Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi ».

Ainsi nous avons cherché dans le Code pénal français des dispositions qui incriminent les actes du Premier ministre ou des membres du Gouvernement pris dans la procédure de révision constitutionnelle. Cependant nous n'avons pas trouvé de dispositions pénales qui qualifient comme crimes ou délits les actes du Premier ministre ou des membres du Gouvernement pris dans la procédure de révision constitutionnelle, comme la proposition de révision de la Constitution qui toucherait à la forme républicaine du Gouvernement ou le contreseing de la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle contraire à ses limites.

Alors le manquement du Premier ministre à sa charge dans la procédure de révision constitutionnelle n'est pas défini comme un crime ou un délit par les lois pénales, par conséquent on ne peut pas mettre en jeu sa responsabilité pénale.

En conséquence, la deuxième condition n'est pas remplie. Alors la responsabilité pénale des membres du Gouvernement dans le système français ne peut pas être mise en jeu pour leurs actes accomplis dans la procédure de révision constitution-

nelle. Par conséquent, la responsabilité pénale des ministres qui était théoriquement une sanction de la régularité des lois de révision constitutionnelle ne l'est pas réellement. En effet, le Code pénal n'incrimine pas les actes des membres du Gouvernement accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle.

* * *

Sans aucun doute si les ministres accomplissent des actes en vue de réaliser une révision de la Constitution en dehors du cadre prévu à cet effet, et si ces actes sont qualifiés crimes ou délits par les lois, ils sont pénalement responsables. Par exemple, si les membres du Gouvernement, en vue de réaliser un coup d'Etat, commettent des « actes de violence de nature à mettre en péril les institutions démocratiques », ils sont punissables du crime de l'attentat incriminé par l'article 421-1 du nouveau Code pénal. De même si les membres du Gouvernement décident entre eux de commettre un attentat, « lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels », ils sont punissables de « complot » défini par l'article 412-2 du nouveau Code pénal. Mais ceci est une toute autre question. Car, il y a ici une tentative de réviser la Constitution par les voies révolutionnaire, c'est-à-dire par le pouvoir constituant originaire. Nous avons examiné cette question plus haut¹⁴.

* * *

Conclusion. – Alors, les garanties répressives personnelles sont loin d'assurer la régularité des lois constitutionnelles. La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut être mise jeu, mais le crime de haute trahison n'a été défini ni légalement ni jurisprudentiellement jusqu'à nos jours. Aucun président de la République n'a été pas accusé de haute trahison. Cette sanction théorique reste tout à fait exceptionnelle. Quant à la responsabilité pénale des ministres, elle est complètement hors de question pour assurer la régularité des lois constitutionnelles, car concernant la responsabilité pénale des ministres le principe *Nullum crimen et nulla poena sine lege* trouve sa place. Et le Code pénal français n'incrimine pas les actes des membres du Gouvernement accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle.

En résumé, la responsabilité du président de la République pour haute trahison et la responsabilité pénale des ministres ne sont pas des sanctions efficaces pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle. D'ailleurs, comme le remarque Hans Kelsen, les garanties personnelles ne sont pas des moyens en soi efficaces ; parce qu'elles ne touchent pas à la force obligatoire de l'acte irrégulier¹⁵. Selon Kelsen, la constitution est garantie véritablement que lorsque l'annulation des actes inconstitutionnels est possible¹⁶.

14. Cette section, Sous-section 1.

15. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.222.

16. *Ibid.*, p.223.

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 2

LES SANCTIONS OBJECTIVES (LA NULLITE ET L'ANNULABILITE)

Suivant l'article de Hans Kelsen sur « la garantie juridictionnelle de la constitution »¹, nous arrivons aux sanctions objectives. Selon Kelsen, les *sanctions objectives* sont principalement la *nullité* et l'*annulabilité* de l'acte irrégulier².

La *nullité* « signifie qu'un acte qui prétend à être un acte juridique et spécialement à être un acte étatique n'est pas tel objectivement, parce qu'il est irrégulier, c'est-à-dire ne répond pas aux conditions que prescrit pour lui une norme juridique de degré supérieur. Tout caractère juridique fait par avance défaut à l'acte nul, de sorte qu'il n'est pas besoin pour lui de retirer sa qualité usurpée d'acte juridique d'un autre acte juridique »³.

Par contre, « si un tel acte était au contraire nécessaire, on serait en présence, non d'une nullité, mais d'une *annulabilité* »⁴. « L'annulabilité de l'acte irrégulier signifie la possibilité de le faire disparaître avec ses conséquences juridiques »⁵.

* * *

La nullité et l'annulabilité sont envisagées en général comme deux sanctions différentes. Mais du point de vue du droit positif, la nullité équivaut à l'annulabilité. En effet, dans un ordre juridique étatique, il ne peut y avoir que l'annulabilité, et jamais la nullité de l'acte irrégulier. Avant de passer à l'examen de la question de l'annulabilité des lois de révision constitutionnelle irrégulières, voyons d'abord ce point.

Comme le remarque Hans Kelsen, on peut en principe supposer qu'« une norme qui n'a pas été posée par l'organe compétent ou qui a été posée par un individu qui n'a même pas la qualité d'organe, ou qu'une norme dont le contenu est

1. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, 197-257.

2. *Ibid.*, p.214.

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*, p.217.

exclu par la Constitution, doivent être considérées *a priori* comme nulles et que par conséquent il n'est pas besoin d'un acte en prononçant l'annulation »⁶.

En effet il reste un problème : qui va établir la réalisation de ces conditions ? En d'autres termes à qui appartient le pouvoir d'examiner la régularité des actes juridiques ?

On peut envisager deux réponses différentes à cette question :

Première réponse. – Le pouvoir d'examiner la régularité des actes juridiques appartient à chacun. Comme le remarque Hans Kelsen, il est possible qu'un ordre juridique reconnaisse « à tout un chacun le pouvoir de décider si quelque chose se présente avec la prétention d'être une norme juridique a objectivement cette signification, c'est-à-dire si la norme a été créée de la façon prescrite par l'ordre juridique et a le contenu exigé ou un contenu permis par cet ordre, et si elle est obligatoire pour lui »⁷. Cette solution se rencontre dans les *ordres juridiques décentralisés*, comme le droit international⁸.

Selon Kelsen, si le pouvoir d'examiner la régularité des actes juridiques appartient à chacun, c'est-à-dire si l'on est dans un ordre juridique décentralisé, « la porte est ouverte à des décisions divergentes : un individu déclarera que la norme en question est une norme juridique valable, un autre lui dénier ce caractère »⁹. Ainsi dans un tel ordre juridique, « chacun, autorités publiques comme sujets, a le droit d'examiner en toutes circonstances la régularité de l'acte nul, de le déclarer irrégulier et de le traiter en conséquence comme non valable et non obligatoire »¹⁰.

Deuxième réponse. – Par contre dans les *ordres juridiques centralisés*, le pouvoir d'examiner la régularité des actes juridiques est limité. Ce pouvoir est réservé uniquement à certaines instances déterminées sous des conditions précises¹¹.

Dans les ordres juridiques centralisés, « un acte atteint d'un vice juridique quelconque peut ne pas être considéré *a priori* comme nul, mais seulement annulable »¹².

Alors dans ces ordres juridiques, il faut « traiter les actes des autorités publiques, même irréguliers, comme valables et obligatoires aussi longtemps qu'un autre acte d'une autorité ne les fait pas disparaître »¹³, car « avant l'intervention de cet

6. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.369.

7. *Ibid.*, p.368.

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*

10. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.214.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*, p.215. Egalement Kelsen dans la *Théorie pure du droit*, affirme qu'« il ne peut pas y avoir quelque chose de tel qu'une nullité : les normes qui font partie d'un ordre juridique ne peuvent pas être nulles, elles peuvent seulement être annulables » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.367).

13. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.215.

acte, on ne peut pas affirmer en droit la *nullité* de la norme en question »¹⁴. C'est-à-dire que la décision qui constate la nullité de la norme en question, « même si elle a lieu en forme de *déclaration de nullité*, signifie en vérité l'*annulation rétroactive* d'une norme considérée jusqu'alors comme valable »¹⁵. En résumé cette décision a un *caractère constitutif* et non pas *déclaratif*¹⁶.

Par conséquent Kelsen déclare qu'« il ne peut pas y avoir quelque chose de tel qu'une *nullité* : les normes qui font partie d'un ordre juridique ne peuvent pas être nulles, elles peuvent seulement *annulables* »¹⁷.

Alors dans un ordre juridique centralisé, un individu peut, « s'il tient l'acte pour nul, lui refuser obéissance »¹⁸. « Mais, il ne peut le faire qu'à ses propres risques et périls, c'est-à-dire au risque de voir l'organe compétent déclarer que ce qu'il a tenu pour nul est en réalité une norme juridique valable, et de voir ordonner en conséquence contre lui-même l'application et l'exécution de la sanction prévue dans cette norme »¹⁹. « Dans le cas contraire, la décision de l'autorité signifie l'annulation de l'acte avec l'effet rétroactif jusqu'au moment où il a été fait »²⁰. En d'autres termes, dans ce cas,

« la nullité ne peut être nullement considérée comme acquise avant la conclusion de la procédure, celle-ci pouvant conduire à une décision qui la nie, et parce que la décision doit nécessairement avoir un caractère constitutif, même si, dans son texte, elle prononce que l'acte était nul. Du point de vue du droit positif, c'est-à-dire de l'autorité qui décide sur l'acte soi disant nul, il n'y a jamais qu'annulabilité, ne fût-ce qu'en ce sens qu'on peut présenter la nullité comme un cas-limite d'annulabilité, – une annulation avec effet rétroactif »²¹.

En résumé, la nullité n'est pas différente de l'annulabilité dans les ordres juridiques centralisés. Dans ces ordres, il ne peut pas y avoir une nullité *a priori*. Cette nullité doit être constatée par l'organe habilité. La norme nulle produit ses effets jusqu'à ce qu'elle ait été déclarée nulle²².

Ainsi du point de vue de la question de la sanction des lois de révision constitutionnelle, nous n'établissons pas de distinction entre la nullité et l'annulabilité de ces lois. Puisque la nullité ou le constat d'inexistence n'est pas en soi une sanction

14. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.369.

15. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

16. *Ibid.*, p.368.

17. *Ibid.*, p.367. C'est nous qui soulignons.

18. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.216.

19. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.368.

20. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p.217.

21. *Ibid.*, p.217.

22. Cette conclusion est affirmée aussi par la jurisprudence et la doctrine du droit public français. Par exemple A. de Laubadère affirme que « la nullité doit être constatée par une autorité publique. L'acte nul produit ses effets jusqu'à ce qu'il ait été annulé » (A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., t.I, 11^e édition, 1990, p.532). Jean-Marie Auby et Roland Drago notent qu'« il est assez difficile de déterminer la différence qui sépare cette déclaration [de nullité] d'une annulation (Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, t.II, Paris, L.G.D.J., 3^e édition, 1984, p.443). Voir également, René Chapus, *Droit administratif général*, t.I, Paris, Montchrestien, 6^e édition, 1993, n°1034, p.742-745).

automatique, la nullité ou le constat d'inexistence aussi pose le même problème que celui que pose l'annulabilité des lois de révision constitutionnelle.

Par conséquent, nous allons poser notre question en termes d'« invalidation » des lois de révision constitutionnelle, non pas de nullité ou d'annulabilité. D'ailleurs, à notre avis le terme « invalidation » exprime mieux la procédure du contrôle de la constitutionnalité. La plupart des Cours constitutionnelles annulent la loi au cas où elle est contraire à la constitution. Mais ceci n'est pas la règle universelle. Par exemple en France, le Conseil constitutionnel n'annule pas les lois qui lui sont déférées, il se prononce seulement « sur leur conformité à la Constitution » (art.61). Ainsi si le Conseil constitutionnel déclare « inconstitutionnelle » une disposition, celle-ci ne peut pas être promulguée (art.62). Ainsi en France la sanction de l'inconstitutionnalité des lois est la « déclaration de non-conformité »²³. Il faut également signaler que dans les pays où il n'y a pas d'organe spécial chargé de contrôler la constitutionnalité des lois, si les tribunaux se déclarent compétents pour se prononcer sur la question de la conformité des lois à la constitution, ils peuvent *refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle dans un cas concret*²⁴. Comme on le voit, la « nullité » et l'« annulabilité » des lois ne sont pas les seules sanctions de l'inconstitutionnalité des lois. La « déclaration de non-conformité » et le « refus d'appliquer une loi dans un cas concret » aussi peuvent être une sanction de l'inconstitutionnalité des lois. En effet, la « nullité », l'« annulabilité », la « déclaration de non-conformité » et le « refus d'appliquer une loi dans un cas concret », tous les quatre, sont des moyens permettant l'« invalidation » des lois inconstitutionnelles. Par conséquent, toutes ces moyens peuvent être regroupées sous la notion d'« invalidation ».

C'est pourquoi, à partir de maintenant, nous nous poserons la question de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être annulées ou déclarées nulles en termes d'« invalidation » : *les lois de révision constitutionnelle contraires aux limites à la révision constitutionnelle peuvent-elles être invalidées ?*

La réponse affirmative à cette question dépend de l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est-il possible ? Nous allons donc essayer de trouver une réponse à cette question. Et ceci fera l'objet du deuxième titre de cette partie.

23. Le Conseil constitutionnel peut déclarer la disposition contestée conforme à la Constitution sous réserve d'interprétation. Dans ce cas, on parle de la « déclaration de conformité sous réserve ». Voir à ce propos Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.202-204. Egalement, la décision de non-conformité peut être totale ou partielle (*Ibid.*, p.204).

24. Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.79.

Titre 2

LE PROBLEME DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

Comme nous venons de le voir, ni les sanctions pénales, ni les sanctions préventives, ni les sanctions personnelles ne constituent en soi des moyens efficaces pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. Les limites à la révision constitutionnelle ne sont efficacement sanctionnées que lorsque l'invalidation des lois constitutionnelles est possible. Alors la question qui se pose dans ce titre est la suivante : *les lois de révision constitutionnelle contraires aux limites à la révision constitutionnelle peuvent-elles être invalidées ?*

La réponse affirmative à cette question dépend de l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors, concernant les sanctions des limites à la révision constitutionnelle, la question la plus importante est celle de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. C'est pourquoi, nous avons consacré ce titre tout entier à l'examen du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Nous allons d'abord étudier ce problème dans un cadre théorique. Ensuite, nous allons essayer d'illustrer ce cadre théorique à partir de la jurisprudence des cours constitutionnelles de différents pays.

Ainsi ce titre se compose de deux chapitres :

Chapitre 1. - Cadre théorique

Chapitre 2. - Etudes de cas

[Page laissée intentionnellement vide]

Chapitre 1

CADRE THEORIQUE

Comme nous l'avons déjà annoncé, la question qui se pose dans ce chapitre est la suivante : *les lois de révision constitutionnelle contraires aux limites à la révision constitutionnelle peuvent-elles être invalidées ?*

Dans la première partie de ce travail, nous avons vu qu'une loi de révision constitutionnelle doit respecter les dispositions de la Constitution qui règlent sa création et en particulier les dispositions constitutionnelles qui lui imposent des limites. Ainsi, une loi de révision constitutionnelle est irrégulière si elle a été adoptée en dehors de la procédure prévue à cet effet ou si son contenu est contraire aux limites qui lui sont imposées. Par exemple, en France si une loi constitutionnelle a été créée dans une autre procédure que celle prévue par l'article 89 (ou l'article 11) ou bien si cette loi constitutionnelle est adoptée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ou durant la vacance de la présidence de la République, ou bien si elle touche à la forme républicaine du Gouvernement, alors elle est irrégulière.

En d'autres termes, comme nous l'avons vu dans la première partie, il y a, d'une part, les dispositions de la constitution qui déterminent la procédure de révision constitutionnelle et parfois même le contenu¹ des lois constitutionnelles et d'autre part les lois de révision constitutionnelle qui sont faites suivant ces dispositions. Il est toujours possible qu'apparaisse un conflit entre ces deux catégories de dispositions, c'est-à-dire entre une loi de révision constitutionnelle et les dispositions de la constitution qui la règlent. Si un tel conflit apparaîtrait, comment pouvons-nous le résoudre ? En d'autres termes, la question qui se pose ici consiste à savoir ce qui est de droit lorsqu'une loi de révision constitutionnelle n'est pas conforme aux normes de la constitution qu'elle devrait respecter. Alors quelles sont les conséquences de la non-conformité d'une loi de révision constitutionnelle aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent

1. C'est-à-dire, les limites matérielles. Si la constitution prévoit des limites matérielles à la révision constitutionnelle, ceci signifie que le *contenu* des lois de révision constitutionnelle est limité : elles ne peuvent porter sur cette matière. Par exemple, la Constitution française de 1958 limite le contenu des lois de révision constitutionnelle par l'interdiction de réviser la forme républicaine.

des limites ? Une telle loi de révision constitutionnelle est-elle valable ? En résumé, nous allons traiter ici la question de la *validité des lois de révision constitutionnelle contraires aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites*.

* * *

Selon une *première idée*, on peut affirmer qu'une loi de révision constitutionnelle contraire aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites *ne peut pas être valable*. Car, comme nous l'avons vu dans la première partie, la validité d'une norme se détermine par le fait qu'elle a été créée conformément à une autre norme juridique. Alors si une loi de révision constitutionnelle est contraire à une norme qui règle sa création et en particulier à la norme qui lui impose des limites, elle n'est pas valable; elle est nulle, autrement dit elle n'est pas du tout une loi de révision constitutionnelle.

En vérité, comme le remarque Hans Kelsen, « l'idée d'une 'norme contraire aux normes' représente une contradiction *in adjecto* ; une norme dont on pourrait affirmer qu'elle n'est pas conforme à la norme qui règle sa création *ne pourrait pas être considérée comme une norme valable ; elle serait nulle*, autrement dit elle ne serait pas du tout une norme juridique »².

Cette argumentation a été déjà utilisée dans la fameuse décision *Marbury v. Madison*³ de la Cour suprême des Etats-Unis, établissant le contrôle de la constitutionnalité des lois. Pour résoudre le conflit entre une loi et la constitution, John Marshall, *Chief Justice*, affirmait dans cet arrêt :

« ...C'est une proposition trop évidente pour être contestée que de dire que la Constitution prime sur tout acte législatif qui lui est contraire; s'il en était autrement, la législature pourrait altérer la Constitution par une simple loi.

Entre ces deux alternatives, il n'y a pas de moyen terme. Ou bien la Constitution est une loi supérieure à tout, non changeable par des moyens ordinaires; ou bien elle est au même niveau que les actes législatifs ordinaires, et comme d'autres actes elle peut être amendable lorsqu'il plaît à la législature de la modifier.

Si la première partie de cette alternative est vraie, alors un acte législatif contraire à la constitution *n'est pas une loi*⁴; si la seconde partie est vraie, alors les Constitutions écrites sont d'absurdes tentatives, de la part du peuple, pour limiter un pouvoir qui par sa nature est non limitable.

Certainement tous ceux qui ont élaboré des constitutions écrites les ont conçues comme formant la loi fondamentale et supérieure du pays, et par conséquent, le principe de tout gouvernement semblable doit être qu'un acte de la législature, contraire à la constitution, *est nul*⁵...

Si un acte de la législature, contraire à la constitution, est nul, doit-il, indépendamment de sa non-validité, lier les tribunaux et les obliger à lui donner des effets? Ou, en d'autres termes, bien qu'il ne soit pas une loi, constitue-t-il une règle aussi opérante qu'une loi ? Admettre cela reviendrait à renverser dans les faits ce qui a été établi en théorie, et

2. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.356. C'est nous qui soulignons.

3. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

4. C'est nous qui soulignons.

5. C'est nous qui soulignons.

pourrait paraître à première vue une absurdité trop énorme pour qu'il soit besoin d'insister »⁶.

Nous pouvons appliquer le même raisonnement au problème de la validité d'une loi de révision constitutionnelle contraire aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions intangibles de la constitution. Pour cela, remplaçons

- le mot « constitution » par l'expression « dispositions intangibles de la constitution » ;
- « acte législatif » par « loi de révision constitutionnelle » ;
- « législature » par « organe de révision constitutionnelle » et
- « peuple » par « pouvoir constituant originaire ».

...C'est une proposition trop évidente pour être contestée que de dire que les *dispositions intangibles de la constitution* priment sur toute *loi de révision constitutionnelle* qui lui est contraire ; s'il en était autrement l'*organe de révision constitutionnelle* pourrait altérer les *dispositions intangibles de la constitution* par une simple *loi de révision constitutionnelle*.

Entre ces deux alternatives, il n'y a pas de moyen terme. Ou bien les *dispositions intangibles de la constitution* sont supérieures à tout, non révisables par des moyens ordinaires; ou bien elles sont au même niveau que les dispositions constitutionnelles ordinaires, et comme d'autres dispositions constitutionnelles, elles peuvent être amendables lorsqu'il plaît à l'*organe de révision constitutionnelle* de les modifier.

Si la première partie de cette alternative est vraie, alors une *loi de révision constitutionnelle* contraire aux *dispositions intangibles de la constitution* n'est pas une loi de révision constitutionnelle; si la seconde partie est vraie, alors les *dispositions intangibles de la constitution* sont d'absurdes tentatives, de la part du *pouvoir constituant originaire*, pour limiter un pouvoir qui par sa nature est non limitable.

Certainement tous ceux qui ont élaboré les *dispositions intangibles de la constitution* les ont conçues comme formant la loi fondamentale et supérieure du pays, et par conséquent, le principe de tout gouvernement semblable doit être qu'un acte de l'*organe de révision constitutionnelle*, contraire aux *dispositions intangibles de la constitution*, est nul...

Si un acte de l'*organe de révision constitutionnelle*, contraire aux *dispositions intangibles de la constitution*, est nul, doit-il, indépendamment de sa non-validité, lier les tribunaux et les obliger à lui donner des effets? Ou, en d'autres termes, bien qu'il ne soit pas une *loi de révision constitutionnelle*, constitue-t-il une règle aussi opérante qu'une loi de révision constitutionnelle ? Admettre cela reviendrait à renverser dans les faits ce qui a été établi en théorie, et pourrait paraître à première vue une absurdité trop énorme pour qu'il soit besoin d'insister...

Alors selon cette argumentation, une loi de révision constitutionnelle contraire aux dispositions intangibles de la constitution ne peut pas être valable. Elle serait nulle, autrement dit, elle n'est pas du tout une loi de révision constitutionnelle.

6. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803). Le texte et l'analyse de cet arrêt se trouvent à peu près dans tous les manuels habituels de droit constitutionnel américain. Voir par exemple, Alpheus Thomas Mason et William M. Beaney, *American Constitutional Law : Introductory Essays and Selected Cases*, New Jersey, Prentice-Hall, 3^e édition, 1964, p.24-27. Pour les traductions françaises des extraits de cet arrêt voir par exemple, Duverger, *Constitutions et documents politiques*, op. cit., 1987, p.600-601; Claude Leclercq et Pierre-Henri Chalvidan, *Travaux dirigés de droit constitutionnel*, Paris, Litec, 1990, p.75-77.

Ce raisonnement est solide et montre l'invalidité d'une loi de révision constitutionnelle qui est contraire aux normes de la constitution qui règle sa création et en particulier aux normes qui lui imposent des limites.

Dans ce raisonnement, pour résoudre le conflit éventuel entre une loi de révision constitutionnelle et les dispositions de la constitution qui règlent sa création et parfois qui lui imposent des limites, il suffit de se poser une question : *la loi de révision constitutionnelle en question est-elle conforme aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui imposent des limites ?* Si la réponse de cette question est affirmative, la loi de révision constitutionnelle en question est valable ; et si ce n'est pas le cas, elle ne l'est pas. En d'autres termes, si la loi de révision constitutionnelle en question a été adoptée contrairement aux dispositions de la constitution qui règlent sa création ou à celles qui lui imposent des limites, elle est nulle, elle n'est pas du tout une loi de révision constitutionnelle.

Comme on le voit, dans ce raisonnement, on apporte une solution simple et claire à notre problème, c'est-à-dire celui de savoir comment peut-on résoudre le conflit éventuel entre une loi de révision constitutionnelle et les dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui imposent des limites. Pourtant à notre avis, cette solution est loin de résoudre notre problème. D'abord il est vrai qu'il n'y a ici qu'une question à résoudre ; cependant, cette unique question peut avoir plusieurs réponses. En effet chacun peut y donner une réponse différente. Il est tout à fait normal qu'une loi de révision constitutionnelle puisse être contraire aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui imposent des limites aux yeux de X, mais conforme aux yeux de Y⁷. Mais dans la logique juridique, une question ne peut avoir qu'une réponse. Dans le cas contraire, il serait presque impossible qu'une norme lie les sujets⁸.

Il est évident que seulement l'une de ces réponses a la valeur juridique, les autres ne sont que des opinions personnelles. Il faut alors tout d'abord choisir la réponse authentique, c'est-à-dire, la réponse qui ne peut être juridiquement contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques.

Alors il faut chercher la réponse à la question de savoir si une loi constitutionnelle contraire à ses limites peut être invalidée dans le droit positif. Et si l'on cherche la réponse à cette question dans le droit positif, la question de savoir si les lois constitutionnelles contraires à ses limites peuvent être invalidées se transforme en celle de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Car la réponse affirmative à la question de savoir si les lois constitutionnelles contraires à ses limites peuvent être invalidées implique l'existence d'un organe compétent à se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, ainsi qu'une procédure d'invalidation, c'est-à-dire, l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

7. Hans Kelsen affirme la même chose pour la question de la conformité des lois ordinaires à la constitution. Voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.362.

8. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.361.

Alors à partir de maintenant nous allons nous poser la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible au lieu de celle de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être invalidées.

LE CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES EST-IL POSSIBLE ?

A propos de la question de savoir si les lois constitutionnelles contraires à ses limites peuvent être invalidées, nous venons d'affirmer qu'il faut rechercher la réponse *authentique*, c'est-à-dire la seule réponse à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques. Puisque la question de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être invalidées s'est transformée en celle de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, il faut encore chercher la réponse à cette dernière question dans le droit positif. En d'autres termes, nous allons ici poser la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible strictement du point de vue du droit positif.

Alors si l'on pose la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible de ce point de vue, il faut rechercher la *solution positive*. Et cette solution ne peut être trouvée que dans les sources du droit positif. C'est pourquoi il faut regarder tout d'abord la législation, ensuite la jurisprudence.

En d'autres termes, la réponse à la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible pourrait se trouver d'abord dans le *texte de la constitution*. Une constitution peut contenir ou ne pas contenir des dispositions sur la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Si une constitution contient de telles dispositions, la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou non est simple : il est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle.

Par contre, si la constitution ne contient aucune disposition sur la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, la solution authentique à cette question ne peut se trouver que dans la *jurisprudence constitutionnelle*. Mais pour qu'il y ait une jurisprudence constitutionnelle, il faut qu'il existe un organe compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois. Nous allons appeler cet organe à partir de maintenant « cour constitutionnelle »⁹. S'il n'y a pas de cour constitutionnelle, il faut conclure que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible.

En revanche, s'il y a une cour constitutionnelle, il faut regarder sa jurisprudence, car, dans cette hypothèse, sa jurisprudence est incontestable, c'est-à-dire constitue la solution authentique. Alors, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible si la cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par

9. Quelle que soit son appellation (conseil constitutionnel, tribunal constitutionnel, cour suprême, etc.). A condition que cet organe soit compétent pour se prononcer sur la validité des lois.

contre, un tel contrôle est impossible si la cour constitutionnelle s'est déjà déclarée incompétente pour contrôler les lois constitutionnelles. Dans deux cas aussi, la solution du problème est simple : le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou impossible selon la jurisprudence de la cour constitutionnelle. Mais la question est beaucoup plus difficile, lorsque la constitution ne contient aucune disposition sur ce point et que la cour constitutionnelle ne s'est pas encore prononcée sur ce point. A notre avis dans ce cas, il n'y a pas de solution positive de ce problème. Et il n'appartient pas à la science du droit d'inventer une solution lorsqu'elle n'existe pas positivement.

Alors comme on le voit, à l'exception de la dernière hypothèse, dans tous les cas, la solution du problème de contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est simple : il sera résolu soit selon la réglementation de la constitution, soit selon la jurisprudence de la cour constitutionnelle.

D'ailleurs il convient de souligner que, du point de vue du droit positif, la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ne se pose que dans ces hypothèses. En d'autres termes, en dehors de ces hypothèses, la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles reste en dehors de notre travail, car il s'agit d'une question métajuridique.

* * *

Alors nous pouvons résumer ces affirmations comme suit :

- A. Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un système où il est réglementé par la constitution
 - 1. Lorsque la constitution l'exclut, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible.
 - 2. Lorsque la constitution l'organise, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible.

- B. Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un système où il n'est pas réglementé par la constitution
 - 1. S'il n'y a pas de cour constitutionnelle, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible.
 - 2. S'il y a une cour constitutionnelle
 - a. Lorsque la cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible.
 - b. Lorsque la cour constitutionnelle s'est déjà déclarée incompétente pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible.
 - c. Lorsque la cour constitutionnelle ne s'est pas encore prononcée sur ce point, la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ne se pose pas du point de vue du droit positive.

§ 1. LE PROBLEME DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES DANS UN SYSTEME OU IL EST REGLEMENTE PAR LA CONSTITUTION

D'abord, la réponse à la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible pourrait se trouver dans le *texte de la constitution*. En effet, une constitution peut contenir ou ne pas contenir des dispositions sur cette question. Si la constitution contient de telles dispositions, la solution du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est simple : il est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle.

A. LE PROBLEME DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES LORSQU'IL EST PREVU PAR LA CONSTITUTION

Lorsque la constitution elle-même a prévu le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, la solution de ce problème ne présente aucune difficulté. Dans cette hypothèse, la constitution habilitera un organe à se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle, ainsi que les personnes ou organes à le saisir. De même la constitution pourrait déterminer la procédure suivant laquelle cet organe prendra sa décision.

Ainsi dans cette hypothèse, si une loi de révision constitutionnelle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle, à vrai dire si les personnes ou les organes compétents pour saisir l'organe du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles estiment que la loi de révision constitutionnelle en question est contraire aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui impose des limites, ils peuvent saisir l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Et dans ce cas, la question de savoir si la loi de révision constitutionnelle est contraire ou conforme aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui impose des limites sera résolue par cet organe et suivant la procédure déterminée par la constitution. Si l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles estime que la loi de révision constitutionnelle en question est contraire aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites, il peut l'invalider. Cette décision sera définitive. L'interprétation de cet organe aura le caractère authentique. Ainsi, dans cette hypothèse, les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées par la décision de cet organe.

Par exemple, comme nous allons le voir plus tard¹⁰, la Constitution turque de 1961 (depuis 1971) et celle de 1982 prévoient le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme. Signalons dès maintenant qu'elles excluent cependant le contrôle quant au fond. L'article 147 de la Constitution de 1961 (révisée par la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971) et l'article 148 de la

10. Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2.

Constitution de 1982 habilite la Cour constitutionnelle turque à se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles *exclusivement sur la forme*. Ainsi la Cour constitutionnelle turque peut annuler les lois constitutionnelles, si elle juge qu'elle est contraire aux *limites de forme* à la révision constitutionnelle. Comme nous allons voir plus bas, la Cour constitutionnelle turque a contrôlé la constitutionnalité des lois constitutionnelles à plusieurs reprises. Elle a même annulé les différentes lois constitutionnelles. Ainsi en Turquie, les limites de *forme* à la révision constitutionnelle sont effectivement sanctionnées par le contrôle de la Cour constitutionnelle.

B. LE PROBLEME DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES LORSQU'IL EST EXCLU PAR LA CONSTITUTION

Comme une constitution peut organiser un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, elle peut aussi refuser la possibilité d'un tel contrôle. Par exemple, la Constitution turque admet le contrôle de la constitutionnalité des *lois ordinaires*, et même celui des *lois constitutionnelles*. Mais, en ce qui concerne ces dernières, elle limite la compétence du contrôle de la Cour constitutionnelle : celle-ci ne peut contrôler les lois de révision constitutionnelle que *sur la forme*. C'est-à-dire que la Constitution turque exclut expressément la possibilité d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*. Alors dans ce cas, puisqu'il est interdit à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la validité d'une loi de révision constitutionnelle quant au fond, les limites matérielles du pouvoir constituant dérivé ne sont pas effectivement sanctionnées.

C'est pourquoi il faut expliquer ici le sens des limites matérielles à la révision constitutionnelle en l'absence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme. Egalement, il convient de discuter le fondement de la validité des lois de révision constitutionnelle dans une telle hypothèse.

Nous allons les faire plus tard. Car ce problème se pose aussi dans d'autres hypothèses.

§ 2. LE PROBLEME DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES DANS UN SYSTEME OU IL N'EST PAS REGLEMENTE PAR LA CONSTITUTION

Si la constitution ne contient aucune disposition sur la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, la solution authentique à cette question ne peut se trouver que dans la *jurisprudence constitutionnelle*. En d'autres termes, si la solution n'existe pas dans les textes positifs, il faut la rechercher dans la jurisprudence. Mais pour qu'il y ait une jurisprudence constitutionnelle, il faut qu'il existe avant tout dans le système, un « contrôle de la constitutionnalité des lois ». Cependant peu importe le modèle de ce contrôle. Il peut être

exercé par l'ensemble de l'appareil juridictionnel (modèle « décentralisé »)¹¹, ou bien par une cour constitutionnelle¹², c'est-à-dire par une juridiction spécialement créée à cet effet et situé hors de l'appareil juridictionnel ordinaire (modèle « décentralisé »)¹³. La seule chose qui est importante est qu'il y ait une possibilité permettant d'invalider une loi inconstitutionnelle. Nous allons appeler cette procédure communément le « contrôle de constitutionnalité ».

Alors si la constitution ne contient aucune disposition sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il faut d'abord regarder s'il y a un contrôle de constitutionnalité dans le système.

A. LORSQU'IL N'EXISTE PAS DE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

Lorsque la constitution ne contient aucune disposition sur la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible et qu'il n'existe pas d'organe compétent pour se prononcer sur la validité des lois, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité dans le pays, il faut conclure que, du point de vue du droit positif, dans un tel système, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible. En effet, dans une telle hypothèse, la réponse affirmative à notre question n'existe pas dans le texte de la constitution, et en plus cette réponse ne peut pas être trouvée dans la jurisprudence. En d'autres termes, lorsqu'il n'y a pas de contrôle de constitutionnalité, la réponse affirmative à la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ne peut être fournie par aucun organe.

Par exemple, la Constitution des Pays-Bas exclut expressément tout contrôle de constitutionnalité des lois. Selon l'article 120 de cette Constitution « le juge ne porte pas de jugement sur la constitutionnalité des lois et des traités »¹⁴. C'est-à-dire qu'aux Pays-Bas, il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des *lois ordinaires*. A plus forte raison, il n'y a pas non plus de contrôle de la constitutionnalité des *lois constitutionnelles*.

Alors dans un tel système, la réponse affirmative à la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible n'existe ni dans le texte ni dans la jurisprudence constitutionnelle. Par conséquent, on ne peut faire aucun contrôle de la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la

11. Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Paris, P.U.F., Coll. « Que sais-je? », 1986, p.3 ; Pour le modèle décentralisé voir Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Traduction par René David, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.196-199.

12. Quel que sa dénomination (cour, conseil, tribunal, etc.) la juridiction qui répond à la définition ci-dessus est appelée ici « cour constitutionnelle ». (Voir Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p.4).

13. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p.3, 5 ; Cappelletti, *op. cit.*, p.197-209. Mauro Cappelletti et William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis, New York, The Bobbs-Merrill Company, 1979, p.73.

14. Oberdorff, *op. cit.*, p.295.

révision constitutionnelle. Alors dans un tel système, les lois constitutionnelles contraires à ses limites ne peuvent pas être invalidées. Par conséquent que les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas effectivement sanctionnées.

Dans ce cas, il faut discuter de deux problèmes. Premièrement puisque les lois constitutionnelles ne peuvent pas être invalidées, et qu'une loi reste en vigueur tant qu'elle n'est pas abrogée ou annulée par un organe compétent, il faut expliquer le fondement de la validité des lois constitutionnelles contraires aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites.

Deuxièmement, puisque les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas sanctionnées par un organe juridictionnel, il faut expliquer leur signification. A quoi sert donc l'existence des limites à la révision constitutionnelle en l'absence des sanctions juridictionnelles ?

Nous allons les examiner plus tard, car ces problèmes se posent aussi dans d'autres cas.

B. LORSQU'IL EXISTE LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

Lorsque la constitution ne contient aucune disposition sur la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible et qu'il y a cependant un contrôle de la constitutionnalité des lois, la réponse authentique à cette question pourrait se trouver dans la jurisprudence constitutionnelle. En d'autres termes, en l'absence de solution textuelle, il faut rechercher la solution jurisprudentielle. Car, dans cette hypothèse, la jurisprudence de l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité est incontestable, c'est-à-dire que sa décision constitue la solution authentique de la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible.

Alors pour savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou non, il faut regarder la jurisprudence de l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois. Du point de vue du droit positif, dans une telle hypothèse, il faut admettre que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible si cet organe s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par contre, un tel contrôle est impossible si cet organe se considère comme incompetent pour contrôler les lois constitutionnelles. Alors, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible si la cet organe s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par contre, un tel contrôle est impossible si cet organe s'est déjà déclaré incompetent pour contrôler les lois constitutionnelles.

1. Lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles

Lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, du point de vue du droit positif, il faut conclure que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. En effet dans un tel cas, la décision de cet organe est définitive. En d'autres termes, cet organe a le pouvoir de l'interprétation authentique. Par exemple, comme nous allons le voir plus tard, les Cours constitutionnelles allemande et autrichienne se sont déclarées compétentes pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles. Et dans ces pays, les Cours constitutionnelles ont effectivement contrôlé la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Ainsi dans un système dont la constitution ne contient aucune disposition sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles et cependant l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité du pays s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, on peut conclure que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Alors dans cette hypothèse, les limites à la révision constitutionnelle sont sanctionnées par la décision de cet organe.

2. Lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré incompétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles

Si la constitution ne contient aucune disposition sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles et si l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité du pays s'est déjà déclaré incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles, du point de vue du droit positif, une seule conclusion s'impose : le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible. C'est la réponse authentique, car elle se trouve dans la jurisprudence constitutionnelle. En effet dans une telle hypothèse, la solution de la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible incombe à l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité. Puisque cet organe a tranché cette question par le négatif, ce contrôle est impossible. Par exemple, comme on va le voir plus tard, le Conseil constitutionnel français s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum (décision du 6 novembre 1962). Alors, en France, les lois constitutionnelles adoptées par le référendum ne sont pas soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

Alors dans un pays dont la constitution ne contient aucune disposition sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, si l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible. Par conséquent, on peut conclure que dans un tel cas, les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas effectivement sanctionnées.

Que signifie alors cette absence de sanction ? Les limites à la révision constitutionnelle sont-elles privées de toutes forces obligatoires ? Si elles ne sont pas sanctionnées, à quoi sert l'existence de telles limites ? En d'autres termes, il faut expliquer ici le sens des limites à la révision constitutionnelle en l'absence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Egalement il convient de discuter le fondement de la validité des lois de révision constitutionnelle dans une telle hypothèse. Nous allons le faire plus bas.

3. Lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité ne s'est pas encore prononcé sur ce point

Dans les cas précédents, la solution de la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou non est simple : il est possible lorsqu'il est prévu par la constitution ou par la jurisprudence de l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité. Il est impossible lorsqu'il est exclu par la constitution ou lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré incompétente. Mais la question est beaucoup plus difficile, lorsque la constitution ne contient aucune disposition sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles et que l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité ne s'est pas encore prononcé sur ce point.

Par exemple, comme on va le voir plus tard, le Conseil constitutionnel français ne s'est pas encore prononcé sur la question de savoir s'il peut contrôler ou non la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès du Parlement. A cet égard nous allons examiner la décision du 2 septembre 1992. Mais notons tout de suite que nous pensons que lorsque la constitution ne contient aucune disposition sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles et que l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité ne s'est pas encore prononcé sur ce point, il est inutile de poser la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou non, car précisément dans ces conditions, il n'existe pas de réponse positive à cette question. Du point de vue du droit positif le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est possible que s'il est prévu par la constitution ou par la jurisprudence de la cour constitutionnelle. En d'autres termes, s'il n'existe pas de réglementation constitutionnelle ou de jurisprudence de la cour constitutionnelle, la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ne se pose pas du point de vue du droit positif. Comme nous l'avons expliqué plusieurs fois, selon la conception que nous avons adoptée, il n'appartient pas à la science du droit d'inventer les solutions, lorsqu'elles n'existent pas positivement.

CONCLUSION

Comme nous l'avons vu, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible lorsque les constitutions le prévoient ou que les organes chargés du contrôle de la constitutionnalité se sont déjà déclarés compétents pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Dans une telle hypo-

thèse, les lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle peuvent être invalidées. Ainsi dans un tel système les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées par les décisions des organes chargés du contrôle de la constitutionnalité.

Par contre le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible, lorsque les constitutions l'excluent ou lorsque les organes chargés du contrôle de la constitutionnalité se sont déjà déclarés incompétents pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Ce contrôle est également impossible lorsqu'il n'est pas prévu par la constitution et qu'il n'existe pas de cour constitutionnelle.

Dans une telle hypothèse, les lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle ne peuvent pas être invalidées. Ainsi une loi constitutionnelle contraire à ses limites peut être en vigueur. Car, comme on l'a déjà indiqué, en théorie juridique, tant qu'une loi n'est pas abrogée ou annulée par un organe compétent ; elle sera toujours en vigueur, et par conséquent valable¹⁵. Dans notre hypothèse, puisque soit le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est exclu par la constitution, soit l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déclaré incompétente, soit il n'existe pas de contrôle de tel organe, une loi constitutionnelle contraire à ses limites sera toujours en vigueur, même si elle est contraire à ses limites selon les vues de X ou de Y¹⁶.

* * *

C'est pourquoi, il faut discuter ici de deux problèmes. Premièrement puisque les lois constitutionnelles ne peuvent pas être invalidées, et qu'une loi reste en vigueur tant qu'elle n'est pas abrogée ou annulée par un organe compétent, il faut expliquer le *fondement de la validité* des lois constitutionnelles contraires aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites.

Deuxièmement, puisque les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas sanctionnées par un organe juridictionnel, il faut expliquer *leur signification*. Que signifie alors cette absence de sanction ? Les limites à la révision constitutionnelle sont-elles privées de toutes forces obligatoires ? Si elles ne sont pas sanctionnées, à quoi sert donc l'existence de telles limites ? En d'autres termes, il faut expliquer ici le sens des limites à la révision constitutionnelle en l'absence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Egalement il convient de discuter le fondement de la validité des lois de révision constitutionnelle dans une telle hypothèse.

15. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.360.

16. Par analogie à l'argumentation développée par Kelsen (*Théorie pure du droit* op. cit., p.360).

LE FONDEMENT DE LA VALIDITE JURIDIQUE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES CONTRAIRES AUX LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Comme nous l'avons expliqué, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible dans ces trois hypothèses : premièrement lorsque la Constitution l'a exclu, deuxièmement lorsqu'il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité dans le système et enfin, lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles.

Et lorsque le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible, une loi de révision constitutionnelle pourrait être valable, même si elle était contraire aux dispositions de la constitution qui lui imposent des limites. Alors il faut expliquer le fondement de la validité des lois de révision constitutionnelle contraires aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites, cependant en vigueur.

En l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, on peut penser qu'une loi de révision constitutionnelle contraire à ses limites trouve *son fondement de validité dans la constitution elle-même*, c'est-à-dire, dans la volonté du pouvoir constituant originaire. En effet, dans la mesure où la constitution interdit expressément le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ou exclut la possibilité d'invalidation des lois de révision constitutionnelle en n'organisant pas une cour constitutionnelle, on peut conclure que la constitution elle-même accepte la validité des lois de révision constitutionnelle contraires à ses limites. Parce que le pouvoir constituant originaire a toujours la possibilité de prévoir le conflit entre une loi de révision constitutionnelle et les dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier les dispositions qui lui imposent des limites, ainsi que la possibilité d'habiliter un organe à le résoudre. Puisqu'il ne l'a pas fait, de plus il l'a exclu expressément, on peut en déduire que le pouvoir constituant originaire lui-même n'a pas voulu que le pouvoir de révision constitutionnelle soit effectivement limité. En d'autres termes, en n'organisant pas de procédure d'annulation, le pouvoir constituant originaire a permis implicitement l'édiction des lois de révision constitutionnelle qui seraient contraires aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites. Le pouvoir constituant originaire a habilité le pouvoir de révision constitutionnelle à édicter des lois de révision constitutionnelle. Mais il n'a pas prévu des sanctions pour cette habilitation. Alors « accorder une telle habilitation non-sanctionnée, c'est donner par-là même l'habilitation de la transgresser »¹⁷.

Dans l'hypothèse où la possibilité d'invalidation des lois de révision constitutionnelle est exclue par la constitution, il faut conclure que les lois de révision constitutionnelle peuvent voir le jour d'autre façon que celle que détermine directement la constitution, d'une façon que le pouvoir de révision constitutionnelle détermine lui-même. En d'autres termes, la constitution donne au pouvoir constituant

17. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.17.

dérivé le pouvoir de réviser la constitution, soit par la procédure déterminée directement par les normes de la constitution, soit par quelque autre procédure, et le pouvoir de donner à ces révisions constitutionnelles soit un contenu conforme aux normes de la constitution qui leur imposent des limites, soit un contenu autre. Les normes directes de la constitution sur la procédure de la révision constitutionnelle et sur le contenu des lois constitutionnelles ne représentent plus alors que l'une des possibilités créées par la constitution. La constitution crée elle-même cette possibilité par le fait qu'elle ne laisse à aucun autre organe que le pouvoir de révision constitutionnelle la faculté de décider si les normes édictées par lui en tant que lois de révision constitutionnelle sont bien des lois de révision constitutionnelle au sens de la constitution. Les dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier les dispositions qui leur imposent des limites ont alors le caractère de dispositions simplement alternatives. La constitution contient tout à la fois un règlement direct et un règlement indirect de la révision constitutionnelle; et le pouvoir de révision constitutionnelle a le choix entre les deux. Dans une hypothèse où il n'existe pas de possibilité d'invalider les lois de révision constitutionnelle, on ne saurait arriver à une conclusion différente¹⁸.

C'est une façon d'expliquer le fondement de la validité des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle. Cependant nous pensons qu'il n'y a ici qu'un faux problème. A vrai dire, nous n'avons pas besoin d'expliquer le fondement de la validité des lois de révision constitutionnelle contraires aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites. Parce qu'il n'y a ici qu'un conflit *apparent* entre les lois constitutionnelles et ces dispositions, et non pas *juridique*. En d'autres termes, dans l'hypothèse où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'organe compétent pour se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle, cette contradiction ne serait jamais constatée dans l'ordre juridique. Chacun peut exprimer une opinion sur la conformité d'une loi de révision constitutionnelle aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui imposent des limites, pourtant personne n'a reçu compétence pour se prononcer sur la validité d'une telle loi. Autrement dit, il est impossible d'élever cette contradiction au niveau juridique. Lorsque la constitution refuse à tous les organes le pouvoir de contrôler la conformité des lois de révision constitutionnelle aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites, on ne peut pas parler alors de la conformité ou de la contrariété d'une loi constitutionnelle à ces dispositions.

18. Ce paragraphe est l'application de l'argumentation de Kelsen à notre problème (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p.362-363).

LA SIGNIFICATION DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE EN L'ABSENCE D'UN CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

Alors comme on l'a vu, dans les cas où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible, c'est-à-dire où il n'y a pas de procédure permettant d'invalider les lois de révision constitutionnelle, une loi de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle pourrait être valable. En d'autres termes, dans de telles hypothèses, les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas sanctionnées par un organe juridictionnel. Dans ce cas, les questions suivantes se posent inévitablement : que signifie donc cette absence de sanction ? L'affirmation du principe de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle est-elle purement théorique ? Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle sont-elles privées de toute force obligatoire ?

Alors dans un tel système, quel est le sens des dispositions de la constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle et qui déterminent les limites à la révision constitutionnelle ?

Voyons d'abord le sens de telles dispositions dans un système où la constitution habilite un organe, par exemple la cour constitutionnelle, à se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle, les dispositions de la constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle et qui déterminent parfois les limites à la révision constitutionnelle sont adressées d'abord au pouvoir de révision constitutionnelle et ensuite et définitivement à l'organe habilité à se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles. Si le pouvoir de révision constitutionnelle ne respecte pas ces dispositions, à vrai dire si l'on veut contester l'interprétation donnée à ces dispositions par le pouvoir de révision constitutionnelle, on peut saisir cet organe habilité à se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle. Dans ce cas, cet organe examinera la question de savoir si la loi de révision constitutionnelle en question est conforme ou contraire aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui imposent des limites. S'il estime qu'elle est contraire à ces dispositions, il peut l'invalider. Et la décision de cet organe est juridiquement incontestable. Ainsi, les dispositions de la constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle et qui déterminent parfois les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées en dernière analyse selon l'interprétation authentique de l'organe habilité à se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle.

Par contre dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible, il faut conclure que les dispositions de la constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle et qui déterminent parfois les limites à la révision constitutionnelle sont adressées uniquement au pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi, le pouvoir de révision constitutionnelle ne doit pas adopter une révision constitutionnelle en dehors de la procédure prévue à cet effet. De même le pouvoir de révision constitutionnelle ne doit pas voter une proposition de révision constitutionnelle qui est contraire aux dispositions de la constitution qui

lui imposent des limites¹⁹. C'est au pouvoir de révision constitutionnelle et à lui seul qu'appartient le pouvoir d'apprécier si le texte qui lui est présenté est conforme ou contraire à ces dispositions de la constitution²⁰. Si le pouvoir de révision constitutionnelle accepte de le voter, ceci signifie qu'il interprète que la proposition en question n'est pas contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Il faut alors conclure que, dans cette hypothèse, les dispositions de la constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle et qui déterminent parfois les limites à la révision constitutionnelle sont sanctionnées par l'interprétation donnée par le pouvoir de révision constitutionnelle lui-même. Par conséquent dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est exclu, toutes les lois constitutionnelles en vigueur sont toujours conformes aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et parfois leur contenu selon l'interprétation authentique du pouvoir de révision constitutionnelle. Car si elles n'étaient pas conformes à ces dispositions, le pouvoir de révision constitutionnelle aurait dû les refuser. Alors dans une telle hypothèse, les lois édictées par le pouvoir de révision constitutionnelle comme lois constitutionnelles sont toujours conformes aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites selon l'interprétation du pouvoir de révision constitutionnelle lui-même²¹. Alors les dispositions de la constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle et qui déterminent parfois les limites à la révision constitutionnelle sont sanctionnées par l'interprétation authentique du pouvoir de révision constitutionnelle.

19. Michel Troper examine le problème de l'interprétation constitutionnelle en l'absence de contrôle de constitutionnalité en recourant à la théorie réaliste de l'interprétation. Il affirme que « si un projet ou une proposition est contraire à la constitution, le Parlement ne doit pas l'adopter... S'il accepte de le voter, c'est qu'il interprète les dispositions constitutionnelles pour constater qu'elles permettent l'édition de cette loi... Dans ces conditions, toutes les lois en vigueur sont toujours conformes à la constitution selon l'interprétation authentique donnée par le Parlement, la seule ayant une valeur juridique » (Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éditions Cujas, 1975, p.141).

20. Sous la III^e République, Raymond Carré de Malberg affirme la même chose en ce qui concerne la sanction de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Carré de Malberg conclut qu'« en l'absence de tout moyen constitutionnel qui puisse servir à maintenir l'Assemblée nationale dans les bornes de ses pouvoirs, le respect par celle-ci de ces bornes dépend, en somme, uniquement de son bon vouloir... Il est certain, en effet, qu'une limitation constitutionnelle dont l'observation dépend de la bonne volonté de l'organe auquel elle est imposée, n'a pas de valeur juridique proprement dite. Ici, en particulier, la limitation est d'autant moins efficace qu'en cas de doute ou de discussion sur sa portée d'application et sur ses effets, il appartient naturellement à l'Assemblée nationale, en tant qu'organe constituant, et même il n'appartient qu'à elle seule, de trancher ces doutes par sa propre interprétation: car, elle seule a, en principe, qualité pour interpréter les textes constitutionnels » (Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.603).

21. Hans Kelsen affirme la même chose en ce qui concerne les lois ordinaires lorsque la constitution refuse expressément aux organes de l'application des lois le pouvoir de contrôler la constitutionnalité de ces lois. Selon lui, dans une telle hypothèse, « seul l'organe de législation a le pouvoir de décider lui-même si la loi qu'il a adoptée est constitutionnelle, c'est-à-dire si tant la procédure suivant laquelle il l'a adoptée que le contenu qu'il lui a donné sont conformes à la Constitution... Ceci signifie que tout ce que cet organe de la législation édicte comme loi doit être considérée comme loi au sens de la Constitution » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.362).

Sans doute on peut critiquer cette solution en disant que la sanction par l'interprétation du pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas une vraie sanction. En effet, ces limites s'imposent à l'exercice de ce pouvoir, autrement dit c'est le pouvoir de révision constitutionnelle qui est le sujet à limiter, cependant, dans cette solution, c'est à lui que revient la compétence de déterminer le sens de ces limites. Ainsi, on voit mal comment un sujet serait limité par les dispositions dont le sens sera déterminé par ce sujet lui-même.

A notre avis, cette critique n'a pas de sens juridique, car, comme nous l'avons expliqué plus haut, on peut donner plusieurs réponses à la question de savoir si une loi de révision constitutionnelle est conforme ou contraire aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui imposent des limites. Ainsi une loi de révision constitutionnelle peut être contraire à ces dispositions selon X, mais conforme selon Y. Seule la réponse de l'organe compétent est authentique. Les autres ne sont que des opinions subjectives.

En conclusion, dans l'hypothèse où la constitution exclut expressément la possibilité d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, seul le pouvoir de révision constitutionnelle est compétent pour se prononcer sur la conformité des lois de révision constitutionnelle aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites. Il faut alors accepter comme valables toutes les lois de révision constitutionnelle adoptées par le pouvoir de révision constitutionnelle, même si elles sont contraires à ces dispositions selon les vues de X ou de Y.

* * *

En résumé, dans l'hypothèse où la constitution refuse à tous les organes le pouvoir de se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle, les organes de l'application ne peuvent pas contrôler la conformité des lois de révision constitutionnelle aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites. Il faut cependant noter que cette conclusion ne peut pas être poussée à l'absolu ; elle comporte nécessairement une limite.

En effet, comme le remarque à juste titre Hans Kelsen en ce qui concerne les lois ordinaires, il est impossible que « les organes appelés à appliquer la loi soient invités à appliquer comme loi tout ce qui se donne subjectivement pour tel. Inévitablement, un minimum de pouvoir de contrôle doit leur être laissé »²². Nous pensons que ce qu'affirme Kelsen concernant les lois ordinaires peut aussi être affirmé pour les lois de révision constitutionnelle. Ainsi, en appliquant le raisonnement de Kelsen à notre problème, nous pouvons affirmer que même dans l'hypothèse où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible, les organes d'application des lois de révision constitutionnelle ont inévitablement un *minimum de pouvoir de contrôle*. Par exemple, les organes d'application et en particulier les tribunaux peuvent vérifier si ce qui a la signification subjective de loi constitution-

22. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.361.

nelle a été publié comme loi constitutionnelle au *Journal officiel*, c'est-à-dire dans un recueil imprimé au nom du gouvernement, alors que leur est au contraire refusé le pouvoir d'examiner si ce qui a été publié comme loi constitutionnelle a bien été adopté suivant la procédure régulière ou est bien conforme ou contraire aux limites à la révision constitutionnelle²³.

D'ailleurs comme nous l'avons vu dans la section consacrée à la question de la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle, les organes qui ont mission d'assurer la publication des lois de révision constitutionnelle ne peuvent pas être tenus de publier comme loi de révision constitutionnelle tout acte qui se présente lui-même comme tel et prétend à l'être. Ces organes doivent nécessairement pouvoir examiner au minimum si ce qui se présente subjectivement comme loi de révision constitutionnelle a été réellement décidé par l'organe constitutionnellement investi du pouvoir de révision constitutionnelle²⁴, même s'il n'est pas admis à l'examiner, ni si la procédure suivant laquelle la loi de révision constitutionnelle a été adoptée conformément à la constitution, ni si le contenu de la loi de révision constitutionnelle est conforme ou contraire aux limites à la révision constitutionnelle²⁵.

Mais en dehors de ce minimum de pouvoir de contrôle, nous pouvons réaffirmer notre conclusion ci-dessus : dans l'hypothèse où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible, seul le pouvoir de révision constitutionnelle est compétent pour se prononcer lui-même sur la conformité des lois de révision constitutionnelle qu'il a adoptées aux dispositions de la constitution qui règlent leur création et en particulier les dispositions qui leur imposent des limites. Il faut alors accepter comme valables toutes les lois de révision constitutionnelle adoptées par le pouvoir de révision constitutionnelle, même si elles sont contraires à ces dispositions selon les vues de X ou de Y.

* * *

23. Nous adoptons ici le développement de Hans Kelsen concernant les lois ordinaires. Voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.362 : « Dans les systèmes où, selon la Constitution, les lois ne deviennent obligatoires qu'après avoir été publiées par les soins du gouvernement dans un *Journal officiel*, la limitation du pouvoir de contrôle signifie que les organes d'application des lois, en particulier les tribunaux, ont à examiner uniquement si ce qui a la signification subjective de loi a été publié comme loi au *Journal officiel*, c'est-à-dire dans un recueil imprimé au nom du gouvernement, alors que leur est au contraire refusé le pouvoir d'examiner si ce qui a été publié comme loi a bien été décidé par l'organe compétent à cet effet selon la Constitution, suivant la procédure prescrite par elle et présente un contenu compatible avec la Constitution ». Ainsi, d'après Kelsen, l'organe qui a mission d'assurer la publication des lois « ne peut pas être tenu de publier comme loi... tout acte qui se présente lui-même comme tel et prétend à l'être ». L'organe gouvernemental compétent pour la publication doit « nécessairement pouvoir examiner au minimum si ce qui se présente subjectivement comme loi a été réellement décidé par l'organe constitutionnellement investi du pouvoir législatif, même s'il n'est pas admis à examiner ni si la procédure suivant laquelle la décision a été prise, ni si le contenu de la décision sont conformes à la Constitution ».

24. Pour plus de détails voir *supra*. ce titre, Chapitre 1, Section 2.

25. Nous suivons toujours le développement de Hans Kelsen concernant les lois ordinaires (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.362).

Après avoir vu les aspects théoriques du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, nous verrons à présent ce problème sur les cas concrets.

Chapitre 2

ETUDES DE CAS

Nous venons de discuter sur le plan théorique de la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Nous avons conclu que dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution, la réponse à cette question est simple : le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle : lorsque la constitution l'a exclu, il n'est pas possible, par contre lorsque la constitution l'a prévue, il est possible.

En revanche, dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé par la constitution, la solution de la question de savoir si un tel contrôle est possible ne peut se trouver que dans la jurisprudence de l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois. Ainsi si cet organe s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Par contre si cet organe s'est déjà déclaré incompétent pour contrôler les lois constitutionnelles, ce contrôle est impossible. Enfin, si la cour constitutionnelle ne s'est pas encore prononcée sur ce point, la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ne se pose pas du point de vue du droit positif.

Alors, pour savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible dans tel ou tel pays, il faut regarder d'abord la constitution du pays sur le point de savoir si elle contient une disposition sur le contrôle des lois constitutionnelles ; et si ce n'est pas le cas, il faut regarder ensuite la jurisprudence de l'organe du contrôle de la constitutionnalité du pays étudié sur le point de savoir si il se considère comme compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. S'il s'est déjà déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ce contrôle est possible. Si ce n'est pas le cas, ce contrôle est impossible.

* * *

Avant de passer aux études de cas, il convient de voir brièvement en quoi consiste le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles consiste à vérifier si les lois constitutionnelles sont conformes ou contraires aux dispositions de la constitution qui règlent la création des lois constitutionnelles et parfois à celles qui déterminent leur contenu. En d'autres termes, ces dispositions de la constitution constituent des *normes de référence* pour le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors nous avons principalement *deux types de normes de référence* : celles qui déterminent la procédure de révision constitutionnelle et celles qui imposent quelques limitations relatives à l'objet de la révision¹.

Nous avons étudié, dans la première partie, le premier type de normes de référence sous l'appellation des *conditions de forme exigées dans la procédure de révision constitutionnelle*². Nous avons également examiné, dans la même partie, le deuxième type de normes de référence sous l'appellation des *limites matérielles à la révision constitutionnelle*³.

Alors, conformément à cette différenciation entre les normes de référence, on peut distinguer deux aspects du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles : le contrôle de la constitutionnalité formelle et le contrôle de la constitutionnalité matérielle des lois constitutionnelles.

Le contrôle de la constitutionnalité formelle d'une loi constitutionnelle consiste à vérifier si la loi constitutionnelle en question a été proposée et adoptée par l'organe compétent et conformément aux dispositions de la constitution qui fixent les conditions de forme et de procédure à la révision constitutionnelle. En d'autres termes, le contrôle de la constitutionnalité quant à la forme est la sanction des conditions de forme de la révision constitutionnelle.

Par contre, *le contrôle de la constitutionnalité matérielle* d'une loi constitutionnelle consiste à vérifier si le contenu de cette loi constitutionnelle est conforme ou contraire aux dispositions de la Constitution qui déterminent son contenu. En d'autres termes, le contrôle de la constitutionnalité quant au fond est la sanction des limites matérielles à la révision constitutionnelle.

D'autre part, on peut remarquer que *le contrôle de la constitutionnalité formelle* peut s'exercer sans regarder le contenu du texte de la loi constitutionnelle contrôlée. Par exemple, la vérification du respect de la majorité d'adoption d'une loi constitutionnelle ouvre la voie à un contrôle de forme. Car, le problème de savoir si loi constitutionnelle a été adoptée à la majorité prévue par la Constitution peut être résolu sans savoir le contenu de cette loi.

1. Ainsi les conditions de forme de la révision constitutionnelle sont des règles de référence pour le contrôle de la constitutionnalité quant à la forme et les limites matérielles à la révision constitutionnelle sont des règles de référence pour le contrôle de la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles.

2. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Paragraphe unique, C. (*Supra*, p.123-135).

3. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Paragraphe unique, A. (*Supra*, p.118-120).

Par contre, *le contrôle de la constitutionnalité matérielle* ne peut s'exercer sans savoir le contenu de la loi constitutionnelle contrôlée. Car, ce contrôle nécessite la vérification de la conformité du contenu de la loi constitutionnelle avec les dispositions de la constitution qui déterminent des limites matérielles à la révision constitutionnelle. Par exemple, le problème de savoir si une loi constitutionnelle est conforme ou contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat nécessite un examen du fond de la loi en question. En effet sans savoir le contenu de la loi constitutionnelle, on ne peut pas juger si elle porte atteinte à cette interdiction.

Il résulte de ces explications que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles suppose qu'il y ait des règles de référence pour ce contrôle, c'est-à-dire, les dispositions de la constitution qui déterminent les conditions de la création des lois constitutionnelles et parfois qui fixent certaines limites relatives à l'objet de ces lois. En d'autres termes, pour qu'il y ait un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il faut qu'il y ait d'abord, dans la constitution, des conditions de forme et des limites matérielles à la révision constitutionnelle. Alors s'il n'existe pas de telles dispositions dans la Constitution, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est par hypothèse même impossible.

Comme nous l'avons vu dans la première partie, à peu près toutes les constitutions contiennent les conditions de forme et de procédure pour la révision constitutionnelle. En effet le fait que la constitution détermine la procédure de révision constitutionnelle implique l'existence des conditions de forme de la révision constitutionnelle.

Par contre, toutes les constitutions ne contiennent pas nécessairement les limites matérielles à la révision constitutionnelle. Comme on l'a vu, seulement certaines constitutions prévoient des limites matérielles à la révision constitutionnelle. D'ailleurs même dans ces constitutions, les limites matérielles à la révision constitutionnelle constituent des exceptions à la règle générale qui est la révisibilité de toutes les dispositions de la constitution. Alors dans des systèmes dont les constitutions ne contiennent pas des limites matérielles à la révision constitutionnelle, le contrôle de la constitutionnalité quant au fond est par hypothèse même impossible. Car, la norme posée par le pouvoir de révision constitutionnelle conformément à sa procédure devient une norme constitutionnelle comme une autre. Cette norme a exactement la même valeur juridique que les normes constitutionnelles initiales. Pour elle, la question de la conformité ou contrariété ne se pose pas. Par conséquent, dans un tel système, les lois constitutionnelles ne peuvent pas être contrôlées du point de vue de leur régularité matérielle, parce que tout simplement il n'y a pas de critère pour ce contrôle.

C'est pourquoi, au cours des études de cas, il faut d'abord montrer que dans le pays étudié, d'une part, la constitution détermine les conditions de forme de la révision constitutionnelle, et d'autre part, que la constitution contient des limites matérielles à la révision constitutionnelle. Dans la première partie, nous avons déjà fait l'inventaire des limites matérielles à la révision constitutionnelle dans la Consti-

tution française⁴ et dans la Constitution turque⁵. Pour les autres pays, nous allons les préciser plus bas, avant de voir la jurisprudence constitutionnelle sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Par conséquent, le contrôle de la constitutionnalité *quant à la forme* des lois constitutionnelles est théoriquement possible dans les pays dont les constitutions déterminent la procédure de révision constitutionnelle. Par contre, la question du contrôle de la constitutionnalité *quant au fond* des lois constitutionnelles ne peut se poser que dans les pays dont les constitutions contiennent des limites matérielles à la révision constitutionnelle.

* * *

Dans ce chapitre, suivant le schéma théorique que nous avons tracé au chapitre précédent, nous allons examiner le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles à partir d'exemples. Ainsi nous allons voir, dans les divers pays, les réglementations constitutionnelles, ainsi que la jurisprudence des cours constitutionnelles sur le point de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Comme cas de figure nous avons choisi les pays suivants : *l'Allemagne, l'Autriche, les Etats-Unis d'Amérique, la France et la Turquie*.

Nous allons faire une place à part au cas de la Turquie. Nous avons réservé une section tout entière au problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Turquie, alors que la situation dans les autres pays (l'Allemagne, l'Autriche, les Etats-Unis, la France) seront toutes étudiées dans une même section. La place accordée à la Turquie se justifie à plusieurs égards :

D'abord, parmi les cours constitutionnelles étudiées, la Cour constitutionnelle turque est la seule cour constitutionnelle qui a prononcé une *décision d'annulation* sur les lois constitutionnelles. Même si la Cour suprême des Etats-Unis et les Cours constitutionnelles allemande et autrichienne ont déjà statué sur la validité des lois constitutionnelles, elles n'ont jamais jusqu'à ce jour prononcé l'annulation d'une loi constitutionnelle. Pour la première fois, la Cour constitutionnelle turque a annulé la loi constitutionnelle du 6 novembre 1969 par sa décision du 16 juin 1970. Elle a également prononcé l'annulation des différentes dispositions constitutionnelles dans les quatre décisions suivantes : les décisions des 15 avril 1975, 12 octobre 1976, 27 janvier 1977, 27 septembre 1977.

Deuxièmement, la cour constitutionnelle qui a rendu *le plus de décisions* sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles, c'est encore la Cour constitutionnelle turque. Elle a rendu 9 décisions sur les lois constitutionnelles. Alors que la Cour suprême des Etats-Unis en a rendu 8, et la Cour constitutionnelle autrichienne 3.

Troisièmement, parmi les pays étudiés, la Turquie est le seul pays où le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles *est réglé*

4. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

5. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1.

*expressément dès 1971 par la Constitution*⁶. Comme on va l'étudier plus tard, le pouvoir de révision constitutionnelle en 1971 a attribué à la Cour constitutionnelle la compétence de contrôler la constitutionnalité quant à la forme des lois constitutionnelles, et exclu expressément le contrôle de la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles. Egalement, le constituant originaire de 1982 a réglementé avec tous les détails le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Dans la Constitution turque de 1982, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé comme le contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires.

Enfin, l'attribution d'une place particulière au cas de la Turquie se justifie aussi par l'abondance du matériel de travail. Les neuf décisions rendues par la Cour constitutionnelle turque sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles occupent 282 pages dans le recueil des décisions de la Cour constitutionnelle turque⁷. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est susceptible d'illustrer tous les aspects imaginables de la problématique du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. On y trouve tous les arguments pour être favorable ou défavorable à un tel contrôle. Egalement la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque a provoqué un large et vif débat dans la doctrine turque de droit constitutionnel. Les ouvrages et les articles consacrés à ce problème sont relativement nombreux. De même tous les manuels habituels de droit constitutionnel turc font une place à part au problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Bref, pour ces raisons, nous avons réservé la deuxième section de ce chapitre au problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Turquie, alors que la situation dans les autres pays (l'Allemagne, l'Autriche, les Etats-Unis et la France) seront étudiées dans une même section.

Alors ce chapitre se compose de deux sections :

- Section 1. - La situation dans les grandes démocraties contemporaines
- Section 1. - La situation en Turquie

6. A part la Constitution turque, à notre connaissance, la Constitution de l'Afrique du Sud de 1961 prévoyait un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. L'article 94 § 2 reconnaissait explicitement à la Cour suprême la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois « qui amende(nt) ou abroge(nt), ou se propose(nt) d'amender ou d'abroger les dispositions des articles 108 et 118 de la Constitution ». Et l'article 108 prévoyait l'égalité des langues officielles (anglais et afrikaan). L'article 118 réglementait la procédure d'amendement constitutionnel. Cet article prévoyait également une procédure renforcée pour la révision des articles 108 et de lui-même. Pour le texte de ces articles voir Dmitri Georges Lavroff et G. Peiser, *Les constitutions africaines*, (tome 2 : Etats anglophones), Paris, A. Pédone, 1964, p.81, 91, 93.

7. Voir *infra*, Section 2.

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 1

LA SITUATION DANS LES GRANDES DEMOCRATIES CONTEMPORAINES

Dans cette section, nous allons examiner le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans les différentes démocraties contemporaines. Comme cas de figure, nous avons choisi les pays suivants : *l'Allemagne, l'Autriche, les Etats-Unis et la France.*

La caractéristique commune de ces pays se trouve dans le fait que leurs organes chargés du contrôle de la constitutionnalité ont déjà été appelés à statuer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Il y a aussi des différences entre ces pays au regard de notre problématique. Aux Etats-Unis d'Amérique, le contrôle de la constitutionnalité des lois est exercé par l'ensemble de l'appareil judiciaire¹. Autrement dit, la Cour suprême des Etats-Unis illustre le type « décentralisé » du contrôle de la constitutionnalité des lois². Alors que dans les pays européens ci-dessus, le contrôle de la constitutionnalité des lois est exercé par une cour constitutionnelle, c'est-à-dire par une juridiction spécialement créée à cet effet et située hors de l'appareil judiciaire ordinaire³. En d'autres termes, les cours constitutionnelles⁴ allemande, autrichienne, française illustrent le type « centralisé » du contrôle de la constitutionnalité des lois⁵.

1. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p.3.

2. Pour le contrôle judiciaire décentralisé voir Cappelletti, *op. cit.*, p.196-199 ; Cappelletti et Cohen, *op. cit.*, p.73.

3. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p.3, 5. Egalement du même auteur, « Rapport général introductif » présenté au Colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1981, in Louis Favoreu (sous la direction de-), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.30, 31.

C'est pourquoi, en examinant le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il convient de distinguer les pays étudiés en fonction du modèle de leur justice constitutionnelle. Alors, il y a d'une part les Etats-Unis d'Amérique qui appliquent un système décentralisé, et d'autre part les pays européens dont les organes de contrôle de constitutionnalité sont de type « centralisé ».

Cette section se subdivise donc en deux sous-sections :

Sous-section 1. - La situation aux Etats-Unis

Sous-section 2. - La situation dans les pays européens

4. Quelle que soit sa dénomination (cour, conseil, tribunal, etc.), la juridiction qui répond à la définition ci-dessus est appelée dans notre travail la « cour constitutionnelle » (voir Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p.4).

5. Cappelletti, *op. cit.*, p.199-211 ; Cappelletti et Cohen, *op. cit.*, p.73.

Sous-section 1

LA SITUATION AUX ETATS-UNIS

Aux Etats-Unis, la procédure de la révision constitutionnelle est réglémentée par l'article 5 de la Constitution du 17 septembre 1787.

Article 5. – Le Congrès, toutes les fois que les deux tiers des deux Chambres l'estimerait nécessaire, proposera des amendements à cette Constitution ou bien, si les législatures des deux tiers des Etats en font la demande, convoquera une convention pour proposer des amendements ; ces amendements, dans un cas comme dans l'autre, seront validés à tous égards et en tout point, comme partie intégrante de cette Constitution, quand ils auront été ratifiés par les législatures des trois quarts des Etats, ou par les trois quarts des conventions réunies à cet effet dans chacun des Etats, selon que l'un ou l'autre mode de ratification aura été proposé par le Congrès. Toutefois, il ne pourra être fait aucun amendement, de quelque nature que ce soit avant l'année 1808 sur la première et la quatrième clause de la neuvième section du premier article, et aucun Etat ne pourra être privé, sans son consentement, de l'égalité de suffrage au Sénat ».

Comme on le voit, dans la Constitution des Etats-Unis, il y a une seule limite matérielle à la révision constitutionnelle : le principe d'égalité de suffrage au Sénat des Etats fédérés.

Rappelons qu'aux Etats-Unis, le contrôle de la constitutionnalité des lois est exercé par l'ensemble de l'appareil juridictionnel¹. En d'autres termes, la Cour suprême des Etats-Unis illustre le type « décentralisé » du contrôle de la constitutionnalité des lois².

La Cour suprême des Etats-Unis a eu plusieurs occasions de statuer sur la validité des amendements constitutionnels. Aux Etats-Unis, le contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels a une riche histoire. Comme le constate Walter Dellinger, « le contrôle juridictionnel du processus d'amendement est, dans un sens, plus ancien que le contrôle juridictionnel lui-même »³. La première décision de la Cour suprême sur la validité d'un amendement constitutionnel est arrivée, en

1. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p.3.

2. Pour le contrôle juridictionnel décentralisé, voir Cappelletti, *op. cit.*, p.196-199 ; Cappelletti et Cohen, *op. cit.*, p.73.

3. Walter Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change : Rethinking the Amendment Process », *Harvard Law Review*, vol.97, 1983, p.403.

1798, dans l'affaire *Hollingsworth v. Virginia*⁴, cinq ans avant la fameuse décision *Marbury v. Madison* (1803)⁵ établissant le contrôle de la constitutionnalité des lois⁶.

La Cour suprême a statué sur la validité d'un amendement constitutionnel dans les huit affaires suivantes :

1. L'affaire *Hollingsworth v. Virginia* (1798)⁷

La question de la validité d'un amendement constitutionnel a été pour la première fois invoquée dans l'affaire *Hollingsworth v. Virginia* (1798)⁸. Cette affaire est relative à l'onzième amendement⁹. Cet amendement a exclu le droit d'intenter des recours devant les cours fédérales contre l'un des Etats par les citoyens d'un autre Etat ou par les citoyens ou sujets d'un Etat étranger.

Le procès de Hollingsworth contre la Virginie a été suspendu devant la Cour suprême, et sur la base de l'amendement, la Virginie a demandé le rejet de cette affaire¹⁰. Hollingsworth a répondu que l'amendement n'a pas été correctement adopté, parce que la résolution du Congrès proposant cet amendement n'a pas été soumise au Président des Etats-Unis pour sa signature (approbation ou veto) comme le prévoit l'article 1^{er} de la Constitution¹¹.

La Cour suprême a rejeté cet argument en affirmant que « le veto du Président s'applique seulement à la législation ordinaire »¹². Selon la Cour, la proposition de l'amendement par le Congrès est une fonction fédérale dérivée de la Constitution. Elle n'est pas un acte de législation ordinaire, et par conséquent elle n'a pas besoin de l'approbation du Président¹³. Par conséquent la Cour suprême a dit expressément que l'amendement a été « constitutionnellement adopté »¹⁴.

4. 3 Dallas 378 ; 1 L. Ed. 644 (1798).

5. 1 Cranch 137 (1803).

6. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403.

7. 3 Dallas 378 ; 1 L. Ed. 644 (1798).

8. 3 Dallas 378 ; 1 L. Ed. 644 (1798). Pour cette affaire, voir Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403 ; Robert E. Cushman et Robert F. Cushman, *Cases in Constitutional Law*, New York, Appleton-Century-Crofts, 3^e éd., 1968, p.3 ; Noel T. Dowling, *Cases on Constitutional Law*, Brooklyn, The Foundation Press, 5^e éd., 1954, p.153.

9. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403 ; Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3 ; Dowling, *op. cit.*, p.53.

10. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403.

11. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403 ; Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3.

12. 3 Dallas 381, cité par Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403.

13. Paul G. Kauper, *Constitutional Law : Cases and Materials*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 2^e éd., 1960, p.291 ; Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3 ; Dowling, *op. cit.*, p.153.

14. 3 Dallas 382, cité par Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403.

D'ailleurs dans la même affaire, il a été avancé que l'amendement annulait les procès commencés avant son adoption, c'est-à-dire, il était *ex post facto* et par conséquent invalide¹⁵. La Cour suprême a unanimement répondu que l'amendement est entré en vigueur immédiatement après sa ratification, et de ce fait, il a supprimé la compétence de la Cour suprême de décider dans les procès, avant ou après, dans lesquels l'amendement s'applique¹⁶.

2. L'affaire *Myers v. Anderson* (1915)¹⁷

Quarante-cinq ans après son adoption, la question de la validité du quinzième amendement a été soulevée dans l'affaire *Myers v. Anderson* (1915)¹⁸. Cependant la Cour suprême s'est abstenue d'exprimer une quelconque opinion sur cette question et l'a passée *sub silentio*¹⁹.

3. Les *National Prohibition Cases* (1920)²⁰

Cette décision de la Cour suprême concerne le dix-huitième amendement qui interdisait « la fabrication, la vente et le transport des boissons alcooliques, ainsi que leur importation et exportation... sur le territoire des Etats-Unis »²¹.

Au lendemain de la ratification du dix-huitième amendement, les adversaires de la prohibition de l'alcool, « battus devant les deux chambres du Congrès où ils n'avaient pu empêcher le projet de passer à la majorité requise des deux tiers ; battus devant les législatures des trois quarts des Etats »²², ils ont essayé de convaincre la Cour suprême que l'amendement était invalide²³. Ils ont avancé essentiellement deux types d'arguments.

15. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3.

16. *Ibid.*

17. 238 U.S. 368 ; 35 Sup. Ct. 932 (1915)

18. 238 U.S. 368 ; 35 Sup. Ct. 932 (1915)

19. William L. Marbury, « The Limitations upon the Amending Power », *Harvard Law Review*, vol.XXXIII, 1919-1920, p.233.

20. *National Prohibition Cases* (1920), 253 U.S. 350 ; 40 Sup. Ct. 486 ; 64 L. Ed. 946.

21. A partir de 1920, la Cour suprême a été appelée plusieurs fois à statuer sur la validité des amendements constitutionnels. A cet égard, le dix-huitième amendement était singulièrement productif. Le dix-huitième amendement a produit quatre décisions dans les affaires suivantes : *National Prohibition Cases*, *Hawke v. Smith*, *Dillon v. Gloss*, et *United States v. Sprague*. En effet cet amendement mettait fin à une grande industrie. D'énormes sommes d'argent étaient en jeu. Les adversaires de la prohibition ont essayé de contester la validité de l'amendement sur toutes les bases imaginables (Voir Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403-404).

22. Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard, 1921, p.111-112.

23. Robert E. Cushman, *Leading Constitutional Decisions*, New York, Appleton-Century-Crofts, 10^e éd., 1955, p.1.

D'abord un argument de *fond* : selon eux, l'objet de cet amendement porte sur une matière pour laquelle l'amendement à la Constitution fédérale ne peut être constitutionnellement édicté²⁴.

Un pareil argument a été développé également par William L. Marbury²⁵. Selon lui, cet amendement était par nature au-delà du pouvoir d'amender la Constitution, et par conséquent il devait être déclaré invalide par la Cour suprême.

La Cour suprême a rejeté cet argument. La Cour a décidé qu'il n'y a aucune restriction sur l'objet des amendements constitutionnels. La Cour a dit que

« l'interdiction de la fabrication, de la vente, du transport, de l'importation et de l'exportation des boissons alcooliques, telle qu'elle est exprimée dans le dix-huitième amendement, est à l'intérieur du pouvoir d'amender prévu par l'article 5 de la Constitution »²⁶.

D'autre part, les adversaires de la prohibition de l'alcool ont prétendu que le dix-huitième amendement n'a pas été adopté selon les *procédures* correctes²⁷. La Cour a également refusé cet argument en affirmant que le vote des deux tiers requis pour l'adoption d'une proposition d'amendement dans chaque chambre,

« est un vote des deux tiers des membres présents – assurant la présence d'un quorum – et non pas le vote des deux tiers du nombre total des membres présents et absents »²⁸.

4. L'affaire *Hawke v. Smith* (1920)²⁹

Une résolution commune proposant aux Etats le dix-huitième amendement à la Constitution des Etats-Unis a été adoptée le 3 décembre 1917. Le 7 janvier 1919, le Sénat et la Chambre des représentants de l'Etat de l'Ohio ont adopté une résolution ratifiant l'amendement proposé par l'Assemblée générale de l'Etat de l'Ohio.

Or la Constitution de l'Ohio, adoptée en novembre 1918, étendait le référendum à la ratification des amendements de la Constitution fédérale. Hawke, un citoyen de l'Ohio, a intenté un recours devant la Cour de commune du chef-lieu Franklin, en vue d'interdire, au Secrétaire d'Etat de l'Ohio, de dépenser l'argent

24. Cushman, *op. cit.*, p.1 ; Dowling, *op. cit.*, p.153 ; Thomas Reed Powell, « The Supreme Court and the Constitution », *Political Science Quarterly*, vol. 35, 1920, p.413. Le dix-huitième amendement ne pouvait pas être édicté par le pouvoir d'amendement, parce qu'il privait des Etats de leurs pouvoirs de police protégés par le 10^e amendement. Par conséquent il modifiait la Constitution d'une façon si fondamentale qu'il ne peut pas être considéré comme un « amendement », mais un premier pas vers sa destruction. Ainsi il a été avancé que la nouvelle matière qui a été introduite dans la Constitution a été une simple « addition » et non pas un « amendement », car il n'y avait aucune disposition concernant cette matière dans la Constitution initiale. Voir Powell, *op. cit.*, p.413.

25. Marbury, *op. cit.*, p.223-235. Pour sa thèse de la limitation matérielle du pouvoir d'amendement constitutionnel voir, *infra*, note 103.

26. 253 U.S. 386 cité par Cushman, *op. cit.*, p.1. Voir également Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.404.

27. Cushman, *op. cit.*, p.1.

28. Cité par Dowling, *op. cit.*, p.152. Voir également, Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3 ; Kauper, *Constitutional Law...*, *op. cit.*, p.291 ; Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.404 ; Powell, *op. cit.*, p.414.

29. 253 U.S. 221 ; 40 Sup. Ct. 495 ; 64 L. Ed. 871 (1920).

public dans la préparation et l'impression des bulletins de vote pour un référendum sur la question de la ratification du dix-huitième amendement à la Constitution fédérale³⁰.

Une objection à cette requête a été acceptée par la Cour de commune et son jugement a été confirmé par la Cour suprême de l'Etat de l'Ohio³¹.

La Cour suprême de l'Ohio a soutenu que, selon l'article 2, § 1, de la Constitution de l'Ohio, l'Etat a le pouvoir d'exiger la ratification de la proposition du dix-huitième amendement par le peuple de l'Etat de l'Ohio au moyen du référendum³². Ainsi selon la Cour suprême de l'Ohio, l'amendement devait être soumis à la ratification du peuple³³.

Statuant sur cette affaire, le 1^{er} juin 1920, la Cour suprême des Etats-Unis a cassé le jugement de la Cour suprême de l'Ohio³⁴, et déclaré nul la disposition de la Constitution de l'Ohio exigeant le référendum pour la ratification des amendements à la Constitution fédérale³⁵.

La Cour suprême fédérale a d'abord observé que l'article 5 de la Constitution fédérale prévoit la ratification par les législatures des trois quarts des Etats, ou par les trois quarts des conventions réunies à cet effet dans chacun des Etats. La méthode de la ratification appartient au Congrès³⁶. Le Congrès a choisi la voie de la ratification par les législatures des Etats³⁷.

Ensuite la Cour suprême a discuté la question de savoir ce que veut dire la disposition de la Constitution qui prévoit la ratification par les « *législatures* ». La Cour a répondu que la « *législature* » désigne « un corps représentatif qui fait des lois du peuple ». Il ne signifie aucunement le vote direct du peuple. Si les pères fondateurs avaient voulu que l'amendement fédéral soit ratifié par le vote direct du peuple, ils auraient pu le dire expressément³⁸.

Puis la Cour suprême a affirmé que

« la ratification par un Etat d'un amendement constitutionnel n'est pas un acte législatif au sens propre du terme. Mais, elle est l'expression d'un assentiment de l'Etat à l'amendement proposé »³⁹.

« Il est vrai, dit la Cour, que le pouvoir de légiférer des lois d'un Etat est dérivé du peuple de cet Etat. Par contre le pouvoir de ratifier une proposition d'amendement à la

30. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.5.

31. Dowling, *op. cit.*, p.140.

32. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.6.

33. E. D. Graper et H. J. Carman, « Record of Political Events (from August 1, 1919 to June 20, 1920) », supplément à *Political Science Quarterly*, vol. 35, 1920, p.69.

34. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.7 ; Dowling, *op. cit.*, p.140 ; Graper et Carman, *op. cit.*, p.70.

35. Graper et Carman, *op. cit.*, p.70.

36. 253 U.S. 221, cité par Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.7.

37. Section 3 du dix-huitième amendement.

38. 253 U.S. 221, cité par Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.6.

39. 253 U.S. 221, cité par Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.7.

Constitution fédérale trouve sa source dans la Constitution fédérale. L'acte de ratification par l'Etat tire son autorité de la Constitution fédérale à laquelle l'Etat et son peuple ont consenti »⁴⁰.

En conséquence, selon la Cour suprême des Etats-Unis, un Etat fédéré n'a pas le droit d'exiger la soumission à un référendum de la ratification d'un amendement à la Constitution fédérale⁴¹. Ainsi la disposition de la Constitution de l'Ohio qui prévoit le référendum pour la ratification des amendements à la Constitution fédérale a été déclarée nulle⁴².

5. L'affaire *Dillon v. Gloss* (1921)⁴³

Cette affaire aussi concerne le dix-huitième amendement. Cet amendement prévoyait qu'« *un an après* la ratification de cet article, la fabrication, la vente et le transport des boissons alcooliques... seront interdits... ». Le *National Prohibition Acte* qui fait du transport des boissons alcooliques un crime fédéral a prévu son entrée en vigueur exactement un an après l'adoption du dix-huitième amendement⁴⁴.

J. J. Dillon a été arrêté, le 17 janvier 1920, pour le transport de boissons alcooliques en violation du § 3 du *National Prohibition Act*⁴⁵. Les trois derniers Etats ont ratifié l'amendement le 16 janvier 1919. Toutefois le Secrétaire d'Etat n'a pas certifié l'adoption de l'amendement jusqu'au 29 janvier 1919⁴⁶.

Dillon a intenté un *habeas corpus* pour obtenir sa relaxe⁴⁷. Il a soutenu que l'amendement n'est pas devenu partie intégrante de la Constitution jusqu'au jour où le Secrétaire d'Etat a proclamé la ratification, et par conséquent le transport des vins n'était pas un crime jusqu'au 29 janvier 1920⁴⁸.

La Cour suprême a rejeté la demande de Dillon. La Cour a affirmé que la promulgation du Secrétaire d'Etat n'était pas importante, et que le processus a été accompli entièrement par la ratification du dernier Etat⁴⁹.

D'ailleurs dans cette affaire la Cour suprême a conclu que l'on peut déduire de l'article 5 de la Constitution que « la ratification doit être dans un délai raisonnable après la proposition »⁵⁰. Selon la Cour, le dix-huitième amendement n'a pas été inconstitutionnellement adopté, parce que le Congrès, en le soumettant aux Etats, a

40. 253 U.S. 221, cité par Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.7.

41. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.7 ; Dowling, *op. cit.*, p.140 ; Powell, *op. cit.*, p.414.

42. Graper et Carman, *op. cit.*, p.70.

43. 256 U.S. 368 ; 41 S. Ct. 510 ; 65 L. Ed. 994 (1921).

44. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.402.

45. *Ibid.*, p.402, 412,

46. *Ibid.*, p.402.

47. Kauper, *Constitutional Law*, *op. cit.*, p.46.

48. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.402.

49. *Dillon v. Gloss*, 256 U.S. 376 cité par Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403.

50. *Dillon v. Gloss*, 256 U.S. 368 cité par Cushman, *op. cit.*, p.1.

stipulé qu'il sera caduc s'il n'a pas été ratifié par les législatures des différents Etats dans les sept années. Ainsi la Cour suprême a affirmé que le Congrès peut valablement mettre une limite à la période de ratification⁵¹. Car, « le pouvoir de proposer un amendement comprend le pouvoir de fixer un délai dans lequel un amendement proposé peut être ratifié »⁵². En conséquence, la Cour suprême a jugé que la période de sept années est raisonnable⁵³.

6. L'affaire *Leser v. Garnet* (1922)⁵⁴

Cette affaire concerne le dix-neuvième amendement à la Constitution fédérale (1920) qui prévoit que « le droit de vote des citoyens des Etats-Unis ne pourra être refusé ni restreint par les Etats-Unis ni par aucun Etat pour raison de sexe ».

D'abord, les adversaires de cet amendement ont soutenu qu'il est inconstitutionnel quant à son contenu. Car selon eux, l'extension du droit de vote aux femmes constitue une grande addition à l'électorat, et une telle addition, sans consentement de l'Etat (Maryland a refusé de ratifier le dix-neuvième amendement⁵⁵), détruit l'autonomie des Etats fédérés en tant que corps politique, et par conséquent elle va au-delà du pouvoir d'amendement⁵⁶.

La Cour suprême a rejeté cet argument et a souligné que le dix-neuvième amendement est similaire au quinzième amendement⁵⁷ qui a été reconnu comme valide depuis 50 ans⁵⁸. Ainsi la Cour constitutionnelle a dit que le dix-neuvième amendement est un exercice approprié du pouvoir d'amendement⁵⁹. On peut donc conclure qu'un amendement constitutionnel ne peut être invalidé en raison de son contenu⁶⁰.

D'autre part, certains électeurs de l'Etat de Maryland ont intenté un recours devant la cour de cet Etat pour obliger les officiers électoraux à rayer les noms des femmes de la liste des électeurs⁶¹ en raison du fait que la Constitution de Maryland

51. Cushman, *op. cit.*, p.1.

52. Kauper, *Constitutional Law...*, *op. cit.*, p.291.

53. *Dilon v. Gloss*, 256 U.S. 368 cité par Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.404.

54. 258 U.S. 130 ; 42 S. Ct. 217 ; 66 L. Ed. 505 (1922).

55. Le 17 février 1920. Egalement la Georgie, la Virginie, l'Alabama, le Mississippi, la Caroline du Sud, l'Etat de Delaware, la Louisiane ont refusé de ratifier le dix-neuvième amendement. Voir Graper et Carman, *op. cit.*, p.71.

56. Dowling, *op. cit.*, p.153 ; Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3 ; Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.405.

57. Le quinzième amendement (1870) prévoit que « le droit de vote des Etats-Unis ne pourra être refusé ni restreint par les Etats-Unis, ni par aucun Etat pour raison de race, de couleur ou d'un état de servitude antérieur ».

58. 258 U.S. 130, cité par Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3.

59. 258 U.S. 136, cité par Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.405.

60. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3.

61. Dowling, *op. cit.*, p.153.

réserve le droit de suffrage seulement aux hommes et que le dix-neuvième amendement à la Constitution fédérale n'est pas encore valablement ratifié⁶². La Cour de Maryland a rejeté ce recours et son jugement a été confirmé par la Cour suprême de cet Etat⁶³.

Statuant sur cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis a confirmé le jugement de la Cour de Maryland⁶⁴. Selon la Cour suprême, les actes des autorités fédérées dans la procédure de ratification de l'amendement proposé doivent être appréciés selon la Constitution fédérale et non pas selon la Constitution de l'Etat fédéré. Car,

« la fonction d'un Etat dans la ratification d'un amendement proposé, comme la fonction du Congrès dans la proposition de l'amendement, est une fonction fédérale dérivée de la Constitution fédérale et elle n'est pas soumise aux limitations imposées par le peuple d'un Etat »⁶⁵.

7. L'affaire *United States v. Sprague* (1931)⁶⁶

Cette affaire aussi concerne le dix-huitième amendement. Pour sa ratification, la section 3 de cet amendement prévoyait la voie de ratification par les législatures et non pas par les conventions.

Les adversaires de cet amendement ont prétendu que le dix-huitième amendement était nul, parce qu'il a été ratifié par les législatures des Etats, et non pas par les conventions des Etats. Selon eux, les amendements constitutionnels mineurs peuvent être ratifiés par les législatures des Etats, mais les amendements conférant aux Etats-Unis de nouveaux pouvoirs directs sur les individus, comme le dix-huitième amendement, doivent être ratifiés par les conventions⁶⁷.

La Cour suprême a refusé cet argument. La Cour a dit que le choix de la méthode pour la ratification de l'amendement proposé (par les législatures ou par les conventions) « appartient exclusivement à l'appréciation du Congrès »⁶⁸. Par conséquent le Congrès a le pouvoir de décider si les ratifications doivent être faites par les législatures ou par les conventions des différents Etats⁶⁹. D'ailleurs, tous les amendements adoptés avant 1931 ont été ratifiés par les législatures des Etats, et beau-

62. *Ibid.*, p.140.

63. *Ibid.*, p.140, 153.

64. *Ibid.*, p.140, 153.

65. 258 U.S. 130, cité par Dowling, *op. cit.*, p.152-153, également par Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.4.

66. 282 U.S. 716 ; 51 S. Ct. 220 ; 75 L. Ed. 640 (1931).

67. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3-4. Egalement voir Kauper, *Constitutional Law...*, *op. cit.*, p.292 : Ainsi ils ont affirmé que « les amendements portant un changement dans les libertés des citoyens, en comparaison aux changements dans le fonctionnement de gouvernement, doivent être ratifiés par les conventions ».

68. Dowling, *op. cit.*, p.152 ; Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.404.

69. Kauper, *Constitutional Law...*, *op. cit.*, p.292.

coup d'entre eux ont produit des changements aussi important que le dix-huitième amendement⁷⁰.

8. L'affaire *Coleman v. Miller* (1939)⁷¹

En juin 1924, le Congrès a proposé un amendement à la Constitution, connu sous le nom de *Child Labor Amendment*⁷². En janvier 1925, la législature du Kansas a adopté une résolution rejetant l'amendement proposé et a certifié la copie de cette résolution qui a été envoyée au Secrétaire d'Etat des Etats-Unis. Douze ans plus tard, en janvier 1937, la législature du Kansas a, cette fois-ci, ratifié cet amendement qu'elle avait préalablement rejeté⁷³

Un recours a été intenté par les 24 sénateurs et représentants de l'Etat du Kansas devant la Cour suprême du Kansas⁷⁴. Les requérants ont demandé à la Cour d'interdire aux officiers de la législature de signer la résolution et de prohiber le Secrétaire d'Etat du Kansas, d'authentifier et de délivrer la résolution au Gouverneur⁷⁵.

Les requérants ont soulevé plusieurs questions⁷⁶. Nous n'allons examiner ici que deux d'entre elles.

1. Un Etat peut-il ratifier un amendement qu'il a déjà rejeté auparavant ⁷⁷ ?

Selon les requérants, la législature du Kansas ne pouvait pas ratifier la proposition de cet amendement, car il avait perdu sa validité à cause de son rejet préalable. En effet, de juin 1924 jusqu'en mars 1927, l'amendement a été rejeté par les législatures de 36 Etats, et a été ratifié seulement par cinq Etats⁷⁸. Ainsi, selon eux, à cause du rejet et de la faillite de la ratification, l'amendement proposé a perdu sa validité⁷⁹.

La Cour du Kansas a rejeté la requête. Ainsi elle a admis que la législature, qui a déjà rejeté un amendement proposé par le Congrès, peut le ratifier plus tard.

70. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.3-4.

71. 307 U.S. 433 ; 59 S. Ct. 972 ; 83 L. Ed. 1835 (1939). La décision de la Cour suprême se trouve également in Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.8-19 ; Dowling, *op. cit.*, p.138-151 ; Kauper, *Constitutional Law, op. cit.*, p.37-48.

72. Le texte de l'amendement proposé est le suivant : « Le Congrès aura le pouvoir de limiter, réglementer et prohiber le travail des personnes qui ont moins de 18 ans... ». Voir Dowling, *op. cit.*, p.138.

73. Dowling, *op. cit.*, p.138 ; Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.9.

74. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.390.

75. *Ibid.*

76. Dowling, *op. cit.*, p.138 ; Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.390.

77. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.8.

78. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.390.

79. Dowling, *op. cit.*, p.138.

L'argument de la Cour du Kansas consiste à dire que l'article 5 de la Constitution fédérale ne dit rien sur le rejet, mais parle seulement de la ratification⁸⁰.

La Cour suprême des Etats-Unis a confirmé ce jugement.

La Cour suprême a décidé que la question de savoir si la législature d'un Etat peut ratifier une proposition d'amendement qu'elle a préalablement rejetée est une *question politique et non pas juridique*⁸¹. Selon la Cour,

« la question de l'efficacité des ratifications par les législatures après un rejet préalable ou le retrait doit être considérée comme une question politique appartenant à l'autorité suprême du Congrès dans l'exercice de son contrôle sur la promulgation de l'adoption de l'amendement »⁸².

La Cour suprême a précisé qu'à cause d'un rejet préalable, elle ne peut pas interdire au Secrétaire d'Etat de certifier la ratification. Car, dans la Constitution, il n'y a aucune base pour une telle action. L'article 5 parle seulement de la ratification, et ne contient aucune disposition concernant le rejet⁸³.

*2. Les amendements proposés meurent-ils de vieillesse, et si c'est le cas, combien de temps restent-ils en vie pour les Etats qui ne les ont pas ratifiés*⁸⁴ ?

Les requérants ont soutenu que la législature du Kansas ne pouvait pas ratifier la proposition d'amendement, parce que cette proposition avait perdu sa vitalité du fait que treize ans se sont écoulés entre la proposition en 1924 et sa ratification en 1937⁸⁵. Selon eux, l'amendement aurait dû être ratifié dans un délai raisonnable, et les treize ans ne sont pas un délai raisonnable⁸⁶.

La Cour suprême a été invitée ainsi à discuter de la question de savoir si la proposition d'amendement a perdu sa validité durant ce laps de temps ; par conséquent elle n'aurait pas pu être ratifiée par la législature du Kansas en 1937.

Nous avons déjà vu, dans l'affaire *Dilon v. Gloss*, que la Cour suprême a déduit de l'article 5 de la Constitution que « la ratification doit être faite dans un délai raisonnable après la proposition »⁸⁷. Le dix-huitième amendement n'était pas inconstitutionnel, parce que le Congrès a prévu un délai de sept ans pour sa ratification et que la période de sept années était raisonnable selon l'appréciation de la Cour.

80. *Ibid.*, p.139, 141.

81. Kauper, *Constitutional Law...*, *op. cit.*, p.292.

82. 307 U.S. 433, cité par Dowling, *op. cit.*, p.142.

83. 307 U.S. 433, cité par Dowling, *op. cit.*, p.143.

84. Cushman et Cushman, *op. cit.*, p.8.

85. Dowling, *op. cit.*, p.143.

86. Signalons que le dernier amendement (le 27^e) a été proposé en 1789. Il n'a été ratifié que par six Etats entre 1789 et 1791. En 1873, l'Ohio l'a ratifié. Puis, entre 1978 et 1992, 37 Etats ont choisi de ratifier (le Missouri, l'Alabama, le Michigan et le New Jersey, les 5 et 7 mai 1992). L'amendement a été certifié le 18 mai 1992. Ainsi il y a 203 ans entre la proposition et la ratification de cet amendement (Marie-France Toinet, « Le 27^e amendement de la Constitution des Etats-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, n°19, 1994, p.609-610).

87. 307 U.S. 433, cité par Cushman, *op. cit.*, p.1.

Or, dans la proposition du *Child Labor Amendment*, le Congrès n'a fixé aucune limite de temps pour la ratification. Les requérants, en s'appuyant sur l'affaire *Dillon v. Gloss*, ont soutenu qu'en l'absence de détermination d'une telle limite par le Congrès, la Cour peut et doit décider quel est le délai raisonnable dans lequel la ratification peut avoir lieu⁸⁸.

La Cour suprême a rejeté cet argument. La Cour a cherché un critère pour la détermination juridique d'un tel délai. Elle a conclu qu'il n'y a aucun critère dans la Constitution⁸⁹

Selon la Cour, la détermination d'un délai raisonnable nécessite une évaluation des différentes conditions sociales, économiques etc. Et ces conditions sont difficilement appréciables par un tribunal. La détermination par un tribunal de telles conditions serait une extension extravagante de l'autorité judiciaire. En effet, l'appréciation de ces conditions appartient aux organes politiques et non pas aux tribunaux, car les questions que la détermination de ces conditions soulève sont essentiellement de *nature politique et non pas juridique*. Elles peuvent être décidées par le Congrès avec la connaissance et l'appréciation complète des conditions politiques, sociales et économiques qui ont prévalu durant la période de la ratification d'amendement⁹⁰.

Ainsi la Cour a décidé que, selon l'article 5 de la Constitution fédérale, le Congrès a le pouvoir de fixer un délai raisonnable pour la ratification de l'amendement. L'appréciation du caractère raisonnable de ce délai appartient également à la compétence du Congrès. En d'autres termes, si le Congrès n'a pas fixé un tel délai, la réponse à la question de savoir si la proposition d'amendement a été ratifiée dans un délai raisonnable doit être donnée encore par le Congrès lui-même. En effet, le Congrès, en certifiant les ratifications des Etats en vue de la promulgation de l'adoption de l'amendement, apprécie le caractère raisonnable du délai dans lequel les Etats ont ratifié la proposition⁹¹. Alors la décision du Congrès sur la question de savoir si l'amendement a été adopté dans un délai raisonnable ne doit pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁹².

Pour ces raisons la Cour suprême des Etats-Unis a confirmé le jugement de la Cour suprême du Kansas⁹³.

Les juges Black, Roberts, Frankfurter et Douglas ont ajouté une opinion concurrente à cette décision. Le juge Frankfurter, parlant pour lui-même et pour trois autres membres de la Cour, a affirmé que « tout contrôle du processus d'amendement a été donné par l'article 5 exclusivement et complètement au Congrès »⁹⁴. En effet il

88. Dowling, *op. cit.*, p.144.

89. *Ibid.*, p.144-145.

90. Cité par Dowling, *op. cit.*, p.145.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*

93. Pour la critique de cette décision voir Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.386-432.

94. *Coleman v. Miller*, 307 U. S. 459 (Black, J., concurring) in Kauper, *Constitutional Law*, *op. cit.*, p.45.

a constaté que « la Constitution accorde au Congrès le pouvoir exclusif de contrôler la soumission des amendements constitutionnels. La vérification finale du Congrès sur le point de savoir si un amendement a été bien ratifié par les trois quarts des Etats est définitive pour les cours »⁹⁵. Ainsi selon ces quatre juges, le contrôle de la constitutionnalité ne peut prendre aucune place dans le processus d'amendement, parce que « ce processus est 'politique' dans son ensemble, depuis de sa soumission jusqu'à ce que l'amendement devient une partie intégrante de la Constitution, et il ne fait l'objet d'un contrôle ou d'une intervention juridictionnelle sur aucun point »⁹⁶.

Les juges Butler et McReynolds n'ont pas approuvé le jugement de la Cour suprême. Le juge Butler, dans son opinion dissidente à laquelle se joint le juge McReynolds, a constaté que plus de 13 ans se sont écoulés entre la proposition et la ratification. Selon lui, comme la Cour suprême a décidé directement, dans l'affaire *Dillon V. Gloss*, sur le caractère raisonnable de sept années fixées par le Congrès, la Cour aussi devait décider si le délai de 13 ans entre la proposition et la ratification était un délai raisonnable⁹⁷.

CONCLUSION

Aux Etats-Unis, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des amendements constitutionnels est possible. Car, la Cour suprême a déjà statué plusieurs fois sur la validité des amendements constitutionnels. De plus aux Etats-Unis, le contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels est plus ancien que le contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires : la Cour suprême a contrôlé la constitutionnalité d'un amendement constitutionnel pour la première fois, en 1798, dans l'affaire *Hollingsworth v. Virginia*⁹⁸, c'est-à-dire, cinq ans avant la fameuse décision *Marbury v. Madison* (1803)⁹⁹ établissant le contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁰⁰.

Ainsi, dès 1798, dans les différentes affaires, la Cour a examiné la régularité du processus d'adoption des amendements constitutionnels. Cet examen consistait à vérifier si l'amendement constitutionnel en question avait bien été édicté conformément aux conditions de forme prévues dans l'article 5 de la Constitution. En d'autres termes, cet examen était un contrôle de la constitutionnalité *quant à la forme* des amendements constitutionnels.

Depuis 1798, dans l'exercice de son contrôle sur les amendements constitutionnels, la Cour suprême a résolu les différents litiges concernant l'application de l'article 5 de la Constitution. Au cours de deux siècles, concernant l'application de l'article 5, la Cour suprême a posé essentiellement les règles suivantes :

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*

97. *Coleman v. Miller*, 307 U. S. 459 (Butler, dissenting) in Kauper, *Constitutional Law*, *op. cit.*, p.46-48.

98. 3 Dallas 378 ; 1 L. Ed. 644 (1798).

99. 1 Cranch 137 (1803).

100. Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.403.

- Les amendements constitutionnels n'ont pas besoin de l'approbation du Président des Etats-Unis (*Hollingsworth v. Virginia*).

- Le vote des deux tiers requis pour l'adoption d'une proposition d'amendement dans chaque chambre est un vote des deux tiers des membres présents – assurant la présence d'un quorum – et non pas le vote des deux tiers du nombre total des membres présents et absents (*National Prohibition Cases*).

- Un Etat fédéré n'a pas le droit de soumettre au référendum la ratification d'un amendement à la Constitution fédérale (*Hawke v. Smith*).

- Le processus d'adoption de l'amendement est accompli entièrement par la ratification du dernier Etat. La proclamation par le Secrétaire d'Etat n'est pas importante à cet égard (*Dillon v. Gloss*).

- La ratification doit être dans un délai raisonnable après la proposition. La période de sept années est un délai raisonnable (*Dillon v. Gloss*).

- Le pouvoir de proposer un amendement comprend le pouvoir de fixer un délai dans lequel un amendement proposé peut être ratifié (*Dillon v. Gloss*).

- La fonction d'un Etat fédéré dans la ratification d'un amendement proposé est une fonction fédérale, dérivée de la Constitution fédérale, et par conséquent elle n'est pas soumise aux limitations imposées par la Constitution d'un Etat (*Leser v. Garnet*).

- Le choix de la méthode pour la ratification de l'amendement proposé (par les législatures ou par les conventions) appartient exclusivement à l'appréciation du Congrès (*United States v. Sprague*).

- La question de savoir si la législature d'un Etat peut ratifier une proposition d'amendement qu'elle a préalablement rejetée est une *question politique et non pas juridique*. Par conséquent, elle appartient à l'appréciation du Congrès dans l'exercice de son contrôle sur la promulgation de l'adoption de l'amendement (*Coleman v. Miller*).

- La question du caractère raisonnable du délai de la ratification est essentiellement de *nature politique et non pas juridique*. Par conséquent, la décision du Congrès sur la question de savoir si l'amendement a été adopté dans un délai raisonnable ne doit pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (*Coleman v. Miller*).

Comme on le voit dans la dernière affaire (*Coleman v. Miller* [1939]), la Cour suprême a délimité l'étendue de son contrôle, en utilisant sa doctrine des *political questions*¹⁰¹. Selon la Cour, les deux questions ci-dessus sont de nature politique,

101. Pour la doctrine de *political questions* voir Koenraad Lenaerts, *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p.98-109, 632-645 ; A. E. Dick Howard, « La conception mécaniste de la constitution », in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de-), *1789 et l'invention de la constitution*, (Actes du Colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989), Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 1994, p.168-173.

par conséquent, il appartient au Congrès de les résoudre. Ainsi, on peut parler d'un *judicial self restraint* en matière du contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels¹⁰².

* * *

Au cours de deux siècles, la Cour suprême a été invitée également à contrôler non seulement la régularité formelle, mais aussi le *contenu* même des amendements constitutionnels¹⁰³. Cependant, la Cour n'a jamais affirmé une quelconque opinion en faveur d'un *contrôle de fond des amendements constitutionnels*.

102. Pour une critique de la jurisprudence de *Coleman v. Miller*, voir Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.386-432. Par contre pour la défense de cette jurisprudence, voir Laurence H. Tribe, « A Constitution We Are Amending : In Defence of a Restrained Judicial Role », *Harvard Law Review*, vol.97, 1983, p.433-444. Pour la réponse du professeur Dellinger au professeur Tribe, voir Walter Dellinger, « Constitutional Politics : A rejoinder », *Harvard Law Review*, Vol. 97, 1983, p.446-450.

103. En effet le contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu a été défendu par William L. Marbury (« The Limitations upon the Amending Power », *Harvard Law Review*, vol.33, 1919-1920, p.223-235). Selon lui, le pouvoir d'amendement constitutionnel est un pouvoir matériellement limité. Son principal argument consiste à dire que le pouvoir d'*amender* la Constitution ne comprend pas le pouvoir de *détruire* (*Ibid.*, p.223). En partant du préambule de la Constitution fédérale, il affirme que le but du « peuple des Etats-Unis » en adoptant cette Constitution était de « former une union plus parfaite ». D'après Marbury, il est inconcevable que lorsque le peuple a conféré aux législatures des trois quarts des Etats le pouvoir d'amender cette Constitution, a voulu autoriser l'adoption de n'importe quelle mesure, sous l'apparence d'un amendement, qui pourrait détruire, totalement ou partiellement, cette union (*Ibid.*). En pratique l'auteur suscite la Cour suprême à contrôler le contenu même du dix-huitième amendement. Selon lui, lorsque la question de savoir s'il y a des limites qui s'imposent au pouvoir d'amender la Constitution est présentée à la Cour suprême, elle peut se prononcer en faveur de la limitation de ce pouvoir (*Ibid.*, p.234).

La thèse de Marbury a fait l'objet d'une sévère critique par Wm. L. Frierson (« Amending The Constitution of the United States : a Reply to Mr Marbury », *Harvard Law Review*, vol.33, 1919-1920, p.659-666). Selon lui, la constitutionnalité des amendements constitutionnels quant au fond ne peut pas être contrôlé par les cours. Car, la Constitution a confié au Congrès et non pas aux cours, le devoir de déterminer quels sont les amendements nécessaires. Ceci est laissé expressément à la décision des deux tiers des membres de chaque Chambre. La seule question qui peut être examinée par une cour est celle de savoir si le Congrès a proposé cet amendement par cette majorité. Dire que les cours peuvent renverser un amendement régulièrement proposé et ratifié, en prétendant qu'il n'est pas nécessaire et n'est pas opportun, ce serait ajouter à l'article 5 une disposition prévoyant qu'« un amendement proposé par le Congrès et ratifié par les trois quarts des Etats sera valable, pourvu qu'il soit approuvé par la Cour suprême ». En d'autres termes, ce serait substituer la décision de la Cour sur une question de politique et d'opportunité à la décision du Congrès et des législatures d'Etats auxquelles la Constitution a confié la matière. Ce serait contraire à la théorie tout entière sur laquelle les pouvoirs de notre Etat sont distribués entre les différentes branches (*Ibid.*, p.662).

Ainsi selon Wm. L. Frierson, il appartient aux législatures des trois quarts des Etats le pouvoir final et absolu de déterminer si l'amendement régulièrement proposé est nécessaire, désirable ou opportun. Lorsque ce pouvoir a été exercé, comme c'était le cas du dix-huitième amendement, dans le système américain, il n'y a aucun pouvoir d'empêcher que l'amendement ne devienne une partie intégrante de la Constitution (*Ibid.*, p.666). Frierson conclut que le dix-huitième amendement a été régulièrement proposé et a reçu l'approbation des législatures des trois quarts des Etats. Ainsi

Par exemple, comme nous venons de le voir, dans l'affaire *Hollingsworth v. Virginia* (1798), le requérant a soutenu que l'onzième amendement était inconstitutionnel, car il annulait les procès commencés avant son adoption, c'est-à-dire, il était *ex post facto*. Egalement, dans *National Prohibition Cases* (1920), il a été avancé que l'objet du dix-huitième amendement porte sur une matière pour laquelle l'amendement à la Constitution fédérale ne peut être constitutionnellement édicté. De même, dans l'affaire *Leser v. Garnet* (1922), les adversaires du dix-neuvième amendement ont soutenu qu'il est inconstitutionnel quant à son contenu, car selon eux, il détruisait l'autonomie des Etats fédérés en tant que corps politique. La Cour suprême a rejeté toujours ces arguments de fond. Elle a répondu qu'il n'y a aucune restriction sur l'objet des amendements constitutionnels.

On peut donc conclure qu'un amendement constitutionnel ne peut être invalidé en raison de son contenu. Ceci est tout à fait logique, car dans la Constitution des Etats-Unis, il n'y a qu'une limite matérielle à l'amendement constitutionnel : l'interdiction de priver un Etat fédéré, sans son consentement, de l'égalité de suffrage au Sénat (la dernière clause de l'article 5). Et, jusqu'à ce jour, il n'y a pas eu d'amendement à la Constitution sur ce point.

Alors aux Etats-Unis, le pouvoir d'amendement constitutionnel est limité quant à sa forme, car les conditions de forme prévues à l'exercice de ce pouvoir sont effectivement sanctionnées par le contrôle de la Cour suprême. Cependant dans l'affaire *Coleman v. Miller*, la Cour suprême a affirmé son rôle restreint dans l'exercice de son contrôle sur la validité des amendements constitutionnels, en évoquant sa doctrine des *political questions*. Ainsi on peut affirmer que la Cour suprême suit un *judicial self restraint* en matière d'amendement constitutionnel. Et ceci donne plus de liberté au pouvoir d'amendement constitutionnel.

l'amendement devenu partie intégrante de la Constitution, par conséquent la question de sa validité ne peut se poser devant aucune cour (*Ibid.*).

Egalement la possibilité d'un contrôle de fond des amendements constitutionnels a été contestée sur le principe démocratique. Selon Todd, le contrôle de la constitutionnalité matérielle des amendements constitutionnels dénie le droit du peuple de placer dans la Constitution une matière que la Cour considère comme non convenable pour faire partie de la Constitution, et ce serait introduire dans la pratique constitutionnelle américaine « un type hautement indésirable du contrôle juridictionnel » (Tood, « Amending the Federal Constitution », *Yale Law Journal*, vol. 30 (1921), p.334, cité par Frank R. Strong, *American Constitution Law*, Buffalo, New York, Dennis & Co. Inc., 1950, p.147).

[Page laissée intentionnellement vide]

Sous-section 2

LA SITUATION DANS LES PAYS EUROPEENS

Nous allons étudier dans cette sous-section, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans les pays d'Europe. A titre d'exemples, nous avons choisi l'Allemagne, l'Autriche et la France. La caractéristique commune de ces pays se trouve dans le fait que leurs Cours constitutionnelles ont déjà été appelées à statuer sur une loi constitutionnelle¹. Les cours constitution-

1. En effet on peut éventuellement trouver d'autres cours constitutionnelles européennes qui ont déjà eu l'occasion de se prononcer sur le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Il est même possible que certaines de ces cours constitutionnelles se soient déjà déclarées compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par exemple, la *Cour constitutionnelle italienne* a déjà statué sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans les décisions suivantes :

a) *La décision n° 38 du 27 février 1957 et la décision n° 6 du 22 janvier 1970.* – Dans ces décisions, la Cour constitutionnelle s'est prononcée en faveur du principe de la « contrôlabilité » des lois constitutionnelles (Massimo Luciani, « La revisione costituzionale in Italia », in *La révision de la constitution*, Paris, Economica, 1993, p.136, [Jean-Claude Escarras, « Présentation du rapport italien de Massimo Luciani », in *La révision de la constitution*, *op. cit.*, p.116]). Ces décisions portent sur la constitutionnalité des articles 24-30 du Statut spécial de la Sicile. Ce Statut a une valeur constitutionnelle. Il a été établi par le Décret-loi n° 455 du 15 mai 1946, et a été converti par l'assemblée constituante en la loi constitutionnelle (celle n° 2 du 26 février 1948) (Présidence du Conseil des Ministres, Services de l'information et de la propriété littéraire, *L'Etat italien et sa réglementation*, Rome, Instituto Poligrafico dello Stato, 1975, p.118 ; Cole « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.977.) Par conséquent le contrôle de ce Statut implique l'acceptation de la compétence de la Cour constitutionnelle sur les lois constitutionnelles.

L'article 25 du Statut sicilien confie le contrôle de la constitutionnalité « des lois adoptées par l'Assemblée régionale » ainsi que « des lois et des règlements adoptés par l'Etat » qui portent atteinte aux normes de ce Statut à la Haute Cour de la région sicilienne (Maryse Baudrez, *Les actes législatifs du gouvernement en Italie : contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p.83, 108 ; Cole « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.977). Avec la mise en fonction, en 1956, de la Cour constitutionnelle italienne, le conflit de compétence entre ces deux Cours est apparu. Dans la décision n° 38 de 1957, la Cour constitutionnelle a affirmé sa compétence exclusive pour contrôler la constitutionnalité de toutes les lois de l'Etat et des Régions, y compris celles de la Région sicilienne (Baudrez, *op. cit.*, p.83 ; Cole « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.977).

Dans sa décision n° 6 de 1970, la Cour constitutionnelle italienne a déclaré contraires à la Constitution « dans leur ensemble, toutes les normes relatives à la Haute Cour de la Région sicilienne », parce que, selon la Cour,

« dans un Etat unitaire, même s'il s'articule dans un large pluralisme d'autonomies..., le principe de l'unité de la juridiction constitutionnelle ne peut pas tolérer de telles dérogations » (cité par Baudrez, *op. cit.*, p.83).

b) *La décision n°1146 du (15 décembre) 29 décembre 1988 (Giurisprudenza costituzionale, Partie première, 6, Année XXXIII - 1988, Fascicule 10, p.5565-5570).* – Cette décision porte sur la constitutionnalité des articles 25 et 49 du Statut spécial de la Région du Trentin-Haut Adige (décision n°1146 de 1988, *Giurisprudenza costituzionale, op. cit.*, p.5566). Ce Statut a une valeur constitutionnelle. Il a été établi par la loi constitutionnelle n° 5 du 26 février 1948 et révisé par la loi constitutionnelle n° 1 du 10 novembre 1971 (*L'Etat italien et sa réglementation, op. cit.*, p.120). Les articles 107 et 108 de ce Statut prévoit pour sa mis en oeuvre par le décret législatif du Président de la République (Baudrez, *op. cit.*, p.117). Ce Statut (révisé par la loi constitutionnelle du 10 novembre 1971) a été mise en oeuvre par le décret du président de la République (*d.P.R.*) n° 670 du 31 août 1972 (Marion Bertolissi, « Regione Trentino-Alto Adige », *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 1988, vol. XXXIX, p.433).

La Cour d'assise de Balzano a été saisie d'un procès contre un membre du Conseil provincial, Franz Pahl, accusé du crime prévu par l'article 292 du code pénal italien, pour avoir publiquement insulté le drapeau italien durant la séance du Conseil provincial du Balzano du 18 juin 1986 (décision n° 1146 de 1988, *Giurisprudenza costituzionale, op. cit.*, p.5566).

La Cour de Balzano devait appliquer dans ce cas d'espèce l'article 49 du Statut spécial de la Région du Trentin-Haut Adige. Egalement, l'article 28 du même Statut étendait aux membres du Conseil de la Province autonome de Trento et de Balzano la prérogative de l'irresponsabilité pour les opinions exprimées et les votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi la Cour de Balzano, dans son ordonnance du 9 novembre 1987, a soulevé la question de la conformité des articles 28 et 49 du statut de la Région du Trentin-Haut Adige à l'article 3 de la Constitution (*Ibid.*).

L'avocat général de l'Etat a invoqué deux exceptions à l'encontre de la question soulevée. D'abord selon l'Avocat général cette question est inadmissible, parce que l'acte contesté a une valeur de lois constitutionnelles et par conséquent, il ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de la constitutionnalité prévu de l'article 134 de la Constitution (*Ibid.*).

La Cour constitutionnelle a rejeté cet argument, et affirmé que les normes du statut ayant valeur de lois constitutionnelles sont contrôlables par la Cour constitutionnelle (*Ibid.*).

La Cour a d'abord affirmé que

« la Constitution italienne contient quelques *principes suprêmes* qui ne peuvent être renversés ou modifiés dans leur contenu essentiel même pas par une loi de révision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles » (*Ibid.*, p.5567). La Citation ci-dessus est tirée de Massimo Luciani, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport italien présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), Traduction de Bruno Genevois, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.170).

En ce qui concerne l'identification de ces principes suprêmes, la Cour affirme que sont visés aussi bien

« les principes que la Constitution elle-même prévoit explicitement comme limite absolue au pouvoir de révision constitutionnelle, comme la forme républicaine de gouvernement (art.139 de la Constitution) que les principes qui, bien que n'étant pas expressément mentionnés parmi ceux ne pouvant être assujettis à une procédure de révision constitutionnelle, appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne » (*Ibid.*).

Ensuite la Cour s'est déclarée

« compétente pour statuer sur la conformité des lois de révision constitutionnelle et des autres lois constitutionnelles aux principes suprêmes de l'ordre constitutionnel » (décision n° 1146 de 1988, *Giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*, p.5569).

Cependant la Cour, en admettant l'autre exception de l'Avocat général, a déclaré inadmissible la question de la constitutionnalité des articles 28 et 49 Statut spécial de la Région du Trentin-Haut Adige (d.P.R. n° 670 du 31 août 1972) (*Ibid.*, p.5570).

On peut interpréter cette décision, avec Massimo Luciani, comme admettant le principe de la « contrôlabilité » des lois constitutionnelles. Ainsi, les lois constitutionnelles peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et être déclarées inconstitutionnelles par la Cour, même si elles ne sont affectées que de vices matériels (Luciani, « La revisione costituzionale in Italia », *op. cit.*, p.136. [Escarras, « Présentation du rapport italien de Massimo Luciani », *op. cit.*, p.115]).

Alors, la Cour constitutionnelle italienne se considère comme compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité matérielle que de leur contenu. D'ailleurs, le contrôle de la constitutionnalité *quant au fond* des lois constitutionnelles est très largement défini par la Cour. Dans la décision n° 1146 du 29 décembre 1988, la Cour a affirmé que les lois constitutionnelles doivent respecter non seulement la limite matérielle expresse (la forme républicaine de gouvernement, art.139), mais aussi quelques principes suprêmes non-mentionnés expressément dans la Constitution. Selon la Cour, ces principes « appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne ». Cependant la Cour constitutionnelle n'a pas donné d'énumération précise de ces principes (*Ibid.*, p.116).

En d'autres termes, la Cour constitutionnelle ne s'est pas contentée de faire référence à la limite matérielle inscrite dans le texte constitutionnel (art.139 : l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat), mais en allant encore plus loin, elle a affirmé qu'il existe aussi des limites matérielles non-mentionnées expressément dans le texte constitutionnel. Selon la Cour, ces limites résultent de « l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution ». Ainsi la Cour a déduit de l'« essence de la Constitution » des limites matérielles s'imposant à l'exercice du pouvoir constituant dérivé.

A notre avis, cette interprétation de la Cour constitutionnelle est tout à fait critiquable. Car, comme nous l'avons montré dans la première partie de notre thèse (Titre 1, Chapitre 2), seules les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel sont valables. Les autres limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute existence positive, par conséquent elles ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir constituant dérivé. D'ailleurs nous avons spécialement examiné dans la première partie les thèses favorables à l'existence des limites découlant de l'« essence de la Constitution ». Et nous y avons montré que ces limites ne sont pas juridiquement valables (Première Partie, Titre 2, Chapitre 2). C'est pourquoi nous ne tentons pas de nouveau de critiquer la thèse de la Cour constitutionnelle italienne selon laquelle il existe quelques « principes suprêmes » découlant de l'essence de la Constitution et s'imposant à l'exercice du pouvoir constituant dérivé.

En conclusion, en Italie, la Cour constitutionnelle se considère comme compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu. D'ailleurs la Cour interprète très largement l'étendue de contrôle de la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles.

Alors du point de vue du droit positif, une seule conclusion s'impose : en Italie, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, car, la Cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu.

Cependant il convient de noter que ces décisions de la Cour constitutionnelle italienne ne sont pas aussi importantes que les décisions de la Cour constitutionnelle allemande, autrichienne et turque que nous allons voir plus loin. En effet, en Italie, selon l'article 138 de la Constitution, il y a

nelles des deux premiers de ces pays se sont déjà déclarées compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors que le Conseil constitutionnel français s'est déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum (concernant les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, il n'a pas eu encore l'occasion de statuer). Alors parmi les pays européens, nous allons étudier d'abord la jurisprudence des Cours constitutionnelles allemande, autrichienne comme des cours constitutionnelles se déclarant compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles et ensuite la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme une cour constitutionnelle se déclarant incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

deux catégories de normes édictées par le pouvoir de révision constitutionnelle : *les lois de révision constitutionnelle et les lois constitutionnelles*. Quoiqu'elles se trouvent au même niveau hiérarchique, il y a une différence entre elles. Les *lois de révision constitutionnelle* sont des « normes qui modifient le texte de la Constitution en vigueur », alors que les *lois constitutionnelles* sont celles qui « n'influent pas sur la teneur textuelle des décisions constitutionnelles » (Luciani, « La revisione costituzionale in Italia », *op. cit.*, p.118, [Escarras, « Présentation du rapport italien de Massimo Luciani », *op. cit.*, p.106]).

A cet égard, les trois décisions que nous avons vues plus haut portent sur les *lois constitutionnelles* et non pas sur les *lois de révision constitutionnelle*. D'ailleurs ces lois constitutionnelles sont des Statuts spéciaux des Régions du Trentin-Haut Adige et de la Sicile. En effet, la Cour constitutionnelle italienne s'est prononcée, dans ces affaires, sur les conflits entre l'Etat et les Régions. Même si leur valeur juridique est de même, le contentieux constitutionnel se présentait sous forme de conflit entre la Constitution nationale et les Statut régionaux ayant force de loi constitutionnelle. Et dans un sens, la Cour constitutionnelle italienne a affirmé la supériorité de la Constitution nationale sur les Statuts régionaux. Si ces Statuts n'avaient pas été approuvés par les lois constitutionnelles, ces décisions ne seraient pas étudiées ici.

Alors une véritable décision de contrôle de la constitutionnalité des révisions constitutionnelles viendra de la part de la Cour constitutionnelle italienne, le jour où elle statuera sur une *loi de révision constitutionnelle*, c'est-à-dire sur une norme qui modifie le texte de la Constitution en vigueur.

* * *

On peut également trouver d'autres organes de contrôle de constitutionnalité qui se sont déclarés compétents pour contrôler la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle. Par exemple, la *Cour suprême chypriote*, dans sa décision du 9 avril 1986, a déjà contrôlé la constitutionnalité de la loi de révision constitutionnelle du 23 janvier 1986 portant la modification des articles 63 et 66 de la Constitution et même l'a déclarée inconstitutionnelle (le recours n°1/1986, la décision du 9 avril 1986, 3 *Cyprus Law Reports*, p.1439, cité par Savvas S. Pappasavvas, « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle » Rapport chypriote présenté à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, in *Révision de la constitution et justice constitutionnelle*, Documents provisoires, Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, Aix-en-Provence, 1994, p.35-54 (Texte photocopié) (Les communications présentées à cette table-ronde seront prochainement publiées dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994). Egalement, dans sa décision du 16 décembre 1992, la Cour suprême chypriote a statué sur la loi constitutionnelle n°95 de 1989. Elle a rejeté l'exception d'inconstitutionnalité, mais elle a déclaré qu'« une loi qui modifie la Constitution est soumise au contrôle de constitutionnalité de la Cour tout comme une loi ordinaire » (Voir Pappasavvas, *op. cit.*, p.15 [in *Documents provisoires*, *op. cit.*, p.49]).

§ 1. LA SITUATION DANS LES PAYS DONT LES COURS CONSTITUTIONNELLES SE SONT DÉJÀ DÉCLARÉES COMPÉTENTES POUR STATUER SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

Comme on l'a déjà annoncé, dans ce paragraphe nous allons étudier le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en *Allemagne*, en *Autriche*. La particularité commune de ces deux pays à l'égard de notre objet se trouve dans le fait que leur Cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

A. LA SITUATION EN ALLEMAGNE

Il convient tout d'abord de voir brièvement les limites à la révision constitutionnelle en Allemagne. Car, comme on l'a expliqué plus haut, pour que les lois constitutionnelles soient soumises au contrôle de la constitutionnalité de la Cour constitutionnelle, il faut qu'il y ait préalablement des limites qui s'imposent à ces lois. En effet lorsqu'il n'y a pas de limites prévues par la Constitution à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, la Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler les lois constitutionnelles. Alors en Allemagne, les limites à la révision constitutionnelle sont prévues par l'alinéa 3 de l'article 79 de cette Loi fondamentale du 23 mai 1949².

Selon la première partie de cet alinéa 3 de l'article 79

« toute révision de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe de la participation des *Länder* à la législation... est interdite »³.

Comme on le voit, la première partie de cet article protège, d'une part, la forme fédérale de l'Etat, et d'autre part, le principe de la participation des *Länder* à la législation.

Quant à la deuxième partie de l'alinéa 3 de l'article 79, il stipule que

« toute révision de la présente Loi fondamentale qui toucherait... aux principes énoncés aux articles 1 et 20 est interdite »⁴.

Ainsi l'autre partie de l'article 79, al.3, revoit aux articles 1 et 20.

L'article 1 énonce le principe de la dignité humaine.

Article 1. – La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

2. Pour les limites à la révision constitutionnelle voir Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.52-53 ; Christian Starck, *La Constitution : cadre et mesure du droit*, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p.55-57.

3. Traduction établie par C. Autexier avec le concours des professeurs J.-F. Flauss, M. Fromont, C. Grewe, P. Koenig et A. Rieg, *in* Oberdorff, *op. cit.*, p.40.

4. *Ibid.*

En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde.

Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable⁵.

L'article 20 concerne les principes d'organisation de l'Etat.

Article 20. – La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social.

Tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit.

Tous les allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible⁶.

* * *

Il convient d'abord de se poser la question de savoir si la Loi fondamentale contient une disposition expresse concernant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. En d'autres termes, la Loi fondamentale attribue-t-elle expressément à la Cour constitutionnelle la compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles ?

En ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois, la compétence de la Cour constitutionnelle est déterminée par l'article 93 de la Loi fondamentale fédérale :

« La Cour constitutionnelle fédérale statue... en cas de divergences d'opinion ou de doutes sur la comptabilité formelle et matérielle... du *droit fédéral* ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale... sur demande du gouvernement fédéral, d'un gouvernement de Land, ou d'un tiers des membres du Bundestag »⁷.

Comme on le voit, selon cet article, la Cour constitutionnelle est compétente à l'encontre du « *droit fédéral ou du droit d'un Land* ». Alors, dans cet article, les « lois constitutionnelles » ne sont pas expressément mentionnées. Cependant il semblerait qu'en Allemagne, on interprète cette expression « droit fédéral » comme englobant non seulement les « lois ordinaires », mais aussi toutes les catégories de lois, y compris les « lois constitutionnelles »⁸. Tout au moins la Cour constitution-

5. *Ibid.*, p.21. L'alinéa 3 a été amendé par la loi fédérale du 19 mars 1956.

6. *Ibid.*, p.26. Le dernier alinéa a été inséré par la loi fédérale du 24 juin 1968.

7. *Ibid.*, p.45.

8. Jean-Claude Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982, p.63 ; Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p.60 ; Olivier Jouanjan, « Allemagne » Rapport présenté à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, sur « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle », (Les communications présentées à cette table ronde seront prochainement publiés dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994), pour le compte-rendu voir Thierry Di Manno, Ferdinand Mélin-Soucramani et Joseph Pini, Le compte-rendu de la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 19, 1994, p.652-672 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.396.

nelle l'interprète comme telle, car elle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans les décisions des 15 décembre 1970 et 23 avril 1991⁹.

1. La décision du 15 décembre 1970¹⁰

La loi constitutionnelle fédérale du 24 juin 1968¹¹ a ajouté à l'article 10, alinéa 2, de la Loi fondamentale une deuxième phrase :

« Si la restriction est destinée à défendre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un *Land*, la loi peut disposer que l'intéressé n'en sera pas informé et que le recours juridictionnel est remplacé par le contrôle d'organes et d'organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple »¹².

Ainsi cette révision constitutionnelle a pour objet d'autoriser des restrictions au principe du secret de la correspondance et des communications¹³. « Il s'agit de l'autorisation des écoutes téléphoniques de certains suspects, mais aussi de personnes non suspectées, en relation de certains crimes terroristes, sans qu'il y ait notification de la décision avant la mise en place des mesures de surveillance ou après leur levée et sans qu'il y ait un contrôle exercé par un organe judiciaire, mais par un organe indépendant nommé par le Parlement »¹⁴.

La Cour constitutionnelle fédérale fut saisie par le gouvernement du Land de Hesse (recours en contrôle abstrait des normes [*abstrakte Normenkontrolle*]) et par un groupe de magistrats et d'avocats (recours constitutionnel [*Verfassungsbeschwerde*]). La Cour constitutionnelle déclara recevable les deux recours. En joignant les deux recours, la Cour a rendu son jugement le 15 décembre 1970¹⁵.

La question posée à la Cour constitutionnelle était celle de savoir si les mesures prévues par la deuxième phrase ajoutée à l'alinéa 2 de l'article 10 de la Loi

9. En effet, à cet égard, il est coutume de citer la décision du 18 décembre 1953, Comme nous allons voir plus bas (voir *Appréciation générale*), dans cette décision, la Cour a fait référence au principes supra-positifs. Cependant cette décision ne porte sur une loi de révision constitutionnelle au sens de l'article 79 de la Loi fondamentale de 1949. Dans cette affaire une cour d'appel a soulevé la question de savoir si une norme initiale de la Loi fondamentale (et non pas une norme édicté selon la procédure de l'article 79) peut être inconstitutionnelle. C'est pourquoi, nous n'estimons que cette décision reste en dehors de notre problématique qui est le contrôle de la constitutionnalité des *lois de révision constitutionnelle*.

10. Cour constitutionnelle allemande : décision du 15 décembre 1970, *Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale (allemande)], édité par les membres de la Cour, Mohr Tübingen, nommé ci-après *BVerfGE*), t.30, p.1 cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.53 ; Starck, *op. cit.*, p.56, note 24.

11. *Bundesgesetzblatt*, (Journal officiel des lois fédérales) I/710 (cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.53).

12. Traduction établie par C. Autexier in Oberdorff, *op. cit.*, p.23.

13. Michel Fromont, « Le Tribunal constitutionnel allemand en 1970 », *Revue du droit public*, 1971, p.1419.

14. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... »,... », *op. cit.*, p.53.

15. Fromont, *op. cit.*, p.1421.

fondamentale par la loi constitutionnelle du 24 juin 1968 ne portent pas atteinte à l'un des principes déclarés intangibles par l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale¹⁶.

La Cour constitutionnelle a répondu par la négative à cette question. Selon la Cour, la nouvelle version de l'alinéa 2 de l'article 10 est conforme aux limites à la révision constitutionnelle prévues par l'alinéa 3 de l'article 79 de la Loi fondamentale¹⁷. Selon la Cour constitutionnelle, l'alinéa 3 de l'article 79 doit être interprété restrictivement¹⁸, car il s'agit

« ...d'une norme d'exception, qui ne doit aucunement mener à ce que le législateur ne puisse, par une révision de la Loi fondamentale, modifier même des principes constitutionnels de base pour autant que cela reste à l'intérieur des données du système »¹⁹.

Ainsi en faisant une interprétation restrictive, la Cour a considéré que l'article 79, alinéa 3, a seulement pour objet d'empêcher l'avènement d'un régime totalitaire par la voie d'une simple révision constitutionnelle²⁰. En d'autres termes, selon la Cour, les limites matérielles à la révision constitutionnelle consistent en les seuls principes explicitement mentionnés par les articles 1 et 20²¹. Puis, la Cour constitutionnelle constate que le principe de l'Etat de droit n'est pas expressément mentionné dans l'un de ces deux articles²². Par conséquent ce principe n'est pas intangible. Ainsi les restrictions au principe du secret de la correspondance et de communication, ainsi que le remplacement du contrôle judiciaire par un contrôle exercé par des organes désignés par le Parlement, prévues par la nouvelle version de l'article 10, alinéa 2, ne sont pas contraires à l'un des principes intangibles mentionnés dans les articles 1 et 20 auxquels se réfère l'article 79. Car, ni le principe du secret de la correspondance et de communication, ni le droit au recours juridictionnel ne sont protégés par l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale²³.

En conséquence, la Cour constitutionnelle a rejeté au fond les deux recours²⁴.

Il convient de noter que trois juges²⁵ sur huit ont émis une opinion dissidente le 4 janvier 1971. Il convient de voir brièvement l'opinion des juges minoritaires.

Les juges dissidents donnent une interprétation différente à l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale. Selon eux, « cette disposition n'a pas seulement pour objet de s'opposer à l'instauration par les voies légales d'un régime autoritaire, mais

16. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.53 ; Fromont, *op. cit.*, p.1422.

17. Fromont, *op. cit.*, p.1422.

18. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.53. Voir également Fromont, *op. cit.*, p.1422 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.396.

19. Décision du 15 décembre 1970, *BVerfGE*, t.30, p.25 cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.53. Pour cette citation voir aussi Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.397, note 47.

20. Fromont, *op. cit.*, p.1423.

21. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.397.

22. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.397 ; Fromont, *op. cit.*, p.1423.

23. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.397.

24. *Ibid.*

25. MM. Geller, von Schlabrendorff et Hans Rupp (Fromont, *op. cit.*, p.1424).

qu'il a également pour objet de s'opposer à toute atteinte aux options fondamentales du constituant »²⁶.

Ensuite, en observant que le mot « affecter » (*berühren*) employé par l'article 79 ne signifie pas supprimer (*aufheben*)²⁷, ils affirment qu'

« il suffit que dans une partie de la sphère de liberté des individus les principes découlant des articles 1 et 20 de la Loi fondamentale ne soient pas respectés... Ceux-ci doivent être protégés contre un processus de démolition progressive qui pourrait se développer si l'on se contentait de tenir compte des principes en général »²⁸.

En l'espèce, selon les juges minoritaires, « la possibilité d'écouter ou d'ouvrir secrètement les correspondances privées est une atteinte directe à la sphère privée, ce qui fait de l'individu un simple objet entre les mains de l'Etat »²⁹. Ainsi, ils ont conclu que

« les principes consacrés par les articles 1 et 20 de la Loi fondamentale sont affectés par la modification de la constitution »³⁰.

Par conséquent, ces trois juges ont considéré la loi constitutionnelle du 24 juin 1968 comme une violation du principe d'intangibilité prévue par l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale³¹.

2. La décision du 23 avril 1991³²

Le conflit en question est né du *traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande relatif à la réalisation de l'unité de l'Allemagne (traité d'Union)* signé à Berlin le 31 août 1990³³. Selon l'article 41, alinéa 1, de ce traité,

26. Fromont, *op. cit.*, p.1425.

27. Fromont, *op. cit.*, p.1426. Également voir Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.54.

28. Cité par Fromont, *op. cit.*, p.1426.

29. Fromont, *op. cit.*, p.1426.

30. Cité par Fromont, *op. cit.*, p.1426.

31. Klaus Schlaich, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux », Rapport allemand présenté au II^e Colloque d'Aix-en-Provence des 19-20 et 21 février 1981, (Traduction de Maguelonne Dupont), in Louis Favoreu (sous la direction de -), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.114.

32. Décision du 23 avril 1991, *BVerfGE*, t. 84, p.90 et s., cité par Michel Fromont et Olivier Jouanjan, « Chronique des décisions de la Cour constitutionnelle allemande », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VII, 1991, p.371-373. Voir également Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.53-54 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.397-400.

33. Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag, *Bundesgesetzblatt*, Teil II, n°35, 28 septembre 1990, p.899 et s. cité par Patrice Collas, « Réunification, Constitution et propriété en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, p.634.

« la Déclaration commune du 15 juin 1990 du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et du gouvernement de la République démocratique allemande, sur le règlement des questions patrimoniales pendantes... fait partie intégrante du présent traité »³⁴.

Et dans la Déclaration commune, il est dit que

« ...les expropriations ayant pour fondement le droit ou la puissance d'occupation (1945 à 1949) ne sont pas à annuler... »³⁵.

Il était prévisible que les anciens propriétaires ainsi lésés n'hésiteraient pas à contester ces dispositions. C'est pourquoi, les auteurs du traité ont pris la précaution de conférer à ces dispositions une valeur constitutionnelle en les inscrivant dans la Loi fondamentale de la R.F.A., la future Constitution de toute Allemagne³⁶. Ainsi ces dispositions ont été insérées dans la Loi fondamentale au titre d'un nouvel article 143 à la suite d'une révision constitutionnelle qui s'est déroulée conformément à la procédure fixée dans son article 79³⁷. L'alinéa 3 de l'article 143 stipule que

« l'article 41 du traité d'Union et les règles prises pour sa mise en oeuvre sont également applicables, même lorsqu'ils prévoient que ces atteintes à la propriété sur le territoire mentionné à l'article 3 dudit traité ont un caractère définitif »³⁸.

Ainsi l'article 143, alinéa 3, prévoit un obstacle constitutionnel à toute tentative ultérieure de remise en cause des transferts de propriété ayant eu lieu entre 1945 et 1949 dans la zone d'occupation soviétique³⁹.

Les propriétaires expropriés entre 1945 et 1949 ont attaqué devant la Cour constitutionnelle contre la révision de la Loi fondamentale⁴⁰. Les requérants ont avancé que le principe de non-restitution était en contradiction avec les garanties de l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale⁴¹.

La Cour constitutionnelle a jugé d'abord la constitutionnalité quant à la forme de la révision de la Loi fondamentale, en vérifiant si elle a été votée selon la procédure correcte (art.79, al.1 et 2)⁴². Elle a étudié ensuite la constitutionnalité quant au fond de la révision constitutionnelle, c'est-à-dire la conformité de la révision constitutionnelle aux limitations matérielles au pouvoir de révision constitutionnelle énoncées à l'alinéa 3 de l'article 79 de la Loi fondamentale⁴³.

34. Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag, *Bundesgesetzblatt*, Teil II, n°35, 28 septembre 1990, p.904 cité par Collas, « Réunification... », *op. cit.*, p.639-640.

35. Cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.54.

36. Collas, *op. cit.*, p.640.

37. Le traité d'Union a été ratifié à la majorité constitutionnelle des deux tiers par chacune des deux chambres du Parlement de la R.F.A. ainsi que par la Chambre du peuple de la R.D.A., les 20 et 21 septembre 1990 (Collas, *op. cit.*, p.639, 641).

38. Traduction établie par C. Autexier in Oberdorff, *op. cit.*, p.62.

39. Collas, *op. cit.*, p.641.

40. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.54; Collas, *op. cit.*, p.648-649.

41. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.54; Collas, *op. cit.*, p.649.

42. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.398-399 ; Fromont et Jouanjan, *op. cit.*, p.372.

43. Fromont et Jouanjan, *op. cit.*, p.372 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.398-399.

La Cour constitutionnelle a jugé que les principes intangibles prévus par l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale ne sont pas affectés par ces mesures. En effet, selon la Cour constitutionnelle, la question de savoir si les mesures d'expropriations entre 1945 et 1949 sont contraires ou non à l'article 79, alinéa 3, ne se pose pas, car à cette époque, cette Loi fondamentale n'était pas encore en vigueur⁴⁴. En d'autres termes, la Loi fondamentale ne protège pas les propriétaires contre des mesures d'expropriation imputables à des autorités étrangères⁴⁵. Et en l'espèce, les expropriations entre 1945 et 1949 étaient imputables non pas à l'ex-R.D.A., mais aux autorités soviétiques qui occupaient alors le territoire⁴⁶. Ainsi l'argument principal de la Cour, comme l'exprime Otto Pfersmann, « consiste à dire que les expropriations sous souveraineté soviétique ne relevaient pas du domaine de la validité spatial... ou temporel de la Loi fondamentale qui n'entre en vigueur qu'après la date retenue dans la Déclaration commune. Les atteintes à la propriété ne lui sont donc pas imputables »⁴⁷.

Ainsi la Cour constitutionnelle a rejeté au fond les recours à l'encontre de la révision de la Loi fondamentale.

3. Appréciation générale

Puisqu'en Allemagne, les lois constitutionnelles sont soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale, il convient de préciser *sur quoi peut porter ce contrôle*.

Comme on l'a vu, la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité des révisions constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que leur contenu.

D'abord, le *contrôle de la constitutionnalité quant à la forme* des lois constitutionnelles ne pose pas beaucoup de problème. Il consiste à vérifier si la loi de révision constitutionnelle en question a été adoptée conformément aux conditions prévues par l'article 79, alinéas 1 et 2, de la Loi fondamentale. Comme on l'a vu plus haut, dans les décisions du 15 décembre 1970 et 23 avril 1991, la Cour constitutionnelle a d'abord vérifié si les lois constitutionnelles en question ont bien été adoptées conformément selon la procédure prévue dans les alinéas 2 et 3 de l'article 79 de la Loi fondamentale.

Cependant, la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité non seulement quant à la forme, mais aussi *quant au fond* des lois constitutionnelles. En d'autres termes, le contrôle de la Cour constitutionnelle sur les révisions constitutionnelles ne se limite pas seulement au respect des règles procédurales, mais touche également au respect des limitations matérielles à la révision constitution-

44. Collas, *op. cit.*, p.646.

45. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.399.

46. *Ibid.*

47. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.54-55.

nelle. Et le dernier aspect de ce contrôle pose un problème : celui de la détermination des limites matérielles à la révision constitutionnelle, c'est-à-dire des normes de référence pour le contrôle de la constitutionnalité matérielle.

La question des règles de référence pour le contrôle de la constitutionnalité matérielle des lois constitutionnelles. – Voyons d'abord la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande sur ce point.

1. *La décision du 15 décembre 1970.* – Comme nous l'avons vu plus haut, dans la décision du 15 décembre 1970, la Cour constitutionnelle allemande a affirmé que les limites matérielles à la révision constitutionnelle consistent en les seuls principes explicitement mentionnés par les articles 1 et 20⁴⁸. D'ailleurs la Cour a donné une interprétation restrictive à ces principes. Par exemple, la Cour constitutionnelle a constaté que le principe de l'Etat de droit n'est pas expressément mentionné dans l'un de ces deux articles⁴⁹. Par conséquent ce principe n'est pas intangible.

2. *La décision du 23 avril 1991.* – Dans la décision du 23 avril 1991, la Cour a donné une interprétation plus extensive aux limitations matérielles prévues par l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale.

En effet, dans cette affaire, les requérants ont avancé que la révision constitutionnelle aurait porté atteinte à trois normes de base de la Loi fondamentale. D'abord la révision constitutionnelle ne respectait pas la garantie de la propriété (art.14) ; ensuite, elle porte atteinte au principe d'égalité (art.3) parce que les victimes de mesures d'expropriation sont traitées différemment selon que celles-ci ont eu lieu avant ou après 1949 ; enfin la révision constitutionnelle est contraire au caractère social de l'Etat, parce que l'Etat n'assume pas son devoir d'assistance aux personnes frappées par des injustices, « puisque l'indemnisation des victimes d'expropriation antérieures à octobre 1949 n'est pas assurée »⁵⁰.

Ainsi la question qui s'est posée à la Cour constitutionnelle était celle de savoir si ces trois normes de base bénéficient de la protection de l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale, face à la révision constitutionnelle⁵¹. Par conséquent, après la décision du 15 décembre 1970, la Cour constitutionnelle a trouvé une nouvelle occasion d'interpréter l'article 73, alinéa 3, de la Loi fondamentale.

Selon la Cour constitutionnelle, le principe d'égalité énoncé à l'article 3, alinéa 1, équivaut à l'interdiction de l'arbitraire. Ce principe, « émanant de l'essence même de l'Etat de droit, obéit au principe de l'équité générale »⁵². Ainsi « on en a déduit que le principe d'égalité, autrement dit l'interdiction de l'arbitraire, devrait être rangé parmi les principes intangibles, à l'abri de toute révision constitutionnelle »⁵³.

48. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p.397.

49. Fromont, op. cit., p.1423 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p.397.

50. Collas, op. cit., p.645 ; Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », op. cit., p.54.

51. Collas, op. cit., p.649.

52. Cité par Collas, op. cit., p.646.

53. Collas, op. cit., p.646.

D'après la Cour constitutionnelle,

« 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 d'ailleurs seulement que les principes ici nommés ne soient pas affectés »⁵⁴.

Ainsi, dans cette décision, la Cour constitutionnelle a inclus dans le domaine non révisable le principe de l'Etat de droit et le principe d'égalité⁵⁵. Or, comme on l'a vu plus haut, ces deux principes ne sont pas expressément mentionnés dans les articles 1 et 20 auxquelles fait référence l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale. Ainsi, à la différence de sa décision du 15 décembre 1970, le juge constitutionnel interprète largement les limites matérielles à la révision constitutionnelle⁵⁶. En conséquence, comme l'observe Olivier Beaud, « d'une interprétation restrictive du champ d'application de l'article 79, alinéa 3, le juge allemand est passé à une interprétation extensive »⁵⁷.

D'ailleurs, la Cour constitutionnelle en allant encore plus loin, a affirmé que

« le législateur constitutionnel, 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 »⁵⁸.

En effet comme le remarquent Michel Fromont et Olivier Jouanjan, « ici, plutôt qu'à une interprétation du droit positif, la Cour revoie à l'inspiration du droit naturel, 'métapositif' qui fut dès 1951 la sienne »⁵⁹.

Olivier Beaud aussi critique cette affirmation de la Cour. Selon lui, la subordination du pouvoir constituant à des « principes de justice »

« transporte la question des limites matérielles de la révision sur le terrain d'une véritable supraconstitutionnalité et d'un droit naturel constitutionnel. Or, si le juge allemand suppose tranchée cette question dans un sens positif, nous ne l'estimons pas tranchée pour notre part. D'après le point de vue ici adopté, les limites tracées au pouvoir constituant l'ont été d'un point de vue immanent, interne au droit constitutionnel positif. Nous lirons donc cette décision dans une autre perspective qui est la limitation matérielle et autonome du pouvoir de révision »⁶⁰.

A cet égard, il convient de faire un rappel historique sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande.

3. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande des années cinquante, on peut trouver quelques décisions s'inscrivant dans le courant jusnaturaliste, en réaction probablement devant la faillite du positivisme sous le régime

54. Décision du 23 avril 1991, *BVerfGE*, t. 84, p.90 et s., cité par Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.399. Voir également Fromont et Jouanjan, *op. cit.*, p.372.

55. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.400 ; Fromont et Collas, *op. cit.*, p.372.

56. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.400.

57. *Ibid.*

58. Décision du 23 avril 1991, *BVerfGE*, t. 84, p.90 et s., cité par Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.399. Voir également Fromont et Jouanjan, *op. cit.*, p.372.

59. Fromont et Collas, *op. cit.*, p.372.

60. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.400.

national socialiste⁶¹. A cette époque, la Cour constitutionnelle a fait référence, dans certaines décisions, aux notions jusnaturalistes telles que « normes fondamentales supra-positives », « justice naturelle », « postulats fondamentaux de la justice », « normes de l'éthique objective », etc.⁶².

Ainsi la Cour constitutionnelle a affirmé dans les années cinquante qu'elle peut juger non seulement les lois d'après les idées directrices et les principes de base de la Constitution, mais encore qu'elle peut vérifier si la loi et même la norme constitutionnelle sont conformes au droit supra-positif lui-même⁶³. Par exemple, dans sa *décision du 23 octobre 1951, « Sudweststaat »*⁶⁴, la Cour avait reconnu, – mais seulement *obiter dictum* – « l'existence d'un droit supra-positif qui lierait même le législateur constituant »⁶⁵. Ainsi la Cour a affirmé que

« la nullité d'une disposition constitutionnelle n'est pas exclue du seul fait qu'elle est un élément de la Constitution. Il y a des principes constitutionnels qui sont tellement fondamentaux et sont tellement l'expression d'un droit préexistant à la Constitution qu'ils lient le constituant lui-même et que les autres dispositions constitutionnelles auxquelles ce rang ne revient pas peuvent être nulles parce qu'elles lui portent atteinte »⁶⁶.

Enfin, dans la *décision du 18 décembre 1953*⁶⁷, la Cour constitutionnelle allemande a examiné la conformité de la Constitution elle-même à certaines normes supérieures, mais avec « beaucoup de prudence et d'une manière très restreinte »⁶⁸.

Dans cette affaire, une cour d'appel a soumis à l'examen de la Cour constitutionnelle fédérale la question de savoir si l'article de la Constitution, qui prévoit qu'à partir du 1^{er} avril 1953 toutes les règles contraires à l'égalité juridique des

61. Béguin, *op. cit.*, p.64 ; Taylor Cole, « The Bundesverfassungsgericht, 1956-1958: An American Appraisal », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Neue folge, Band 8, 1959, p.43-44 ; Taylor Cole, « Three Constitutional Courts : A Comparison », *The American Political Science Review*, Vol.LIII, décembre 1959, n°4, p.973 ; Paul G. Kauper, « The Constitutions of West Germany and the United States: A Comparative Study », *Michigan Law Review*, vol.58, 1960, p.1179.

62. Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.973, note 36. L'auteur se réfère à ces deux articles que nous n'avons pas pu consulter : Heinrich Rommen, « Natural Law in Decisions of the Fédéral Suprême Court and of the Constitutionan Courts in Germany », *Natural Law Forum*, Vol.4, 1959, p.1-25 et Gottfried Dietze, « Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany », *Virginia Law Review*, Vol.42, 1956, p.1-22.

63. Vilhelm Buerstedde, « La Cour constitutionnelle de la République fédérale allemande », *Revue internationale de droit comparé*, 1957, p.70.

64. *Décision du 23 octobre 1951, BVerfGE*, t.1, p.14, cité par Buerstedde, *op. cit.*, p.70. Voir également, Cole, « The Bundesverfassungsgericht... », *op. cit.*, p.43.

65. *Décision du 23 octobre 1951, BVerfGE*, t. 1, p.32, cité par Buerstedde, *op. cit.*, p.70.

66. *Décision du 23 octobre 1951, BVerfGE*, t. 1, p.32, cité par Béguin, *op. cit.*, p.63-64. Egalement voir Buerstedde, *op. cit.*, p.70.

67. *Décision du 18 décembre 1953, BVerfGE*, t. 3, p.225. Voir Béguin, *op. cit.*, p.63-64 ; Buerstedde, *op. cit.*, p.70-71 ; Cole, « The Bundesverfassungsgericht... », *op. cit.*, p.43-44 ; Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.973-974 ; Paul G. Kauper, « The Constitutions of West Germany and the United States : A Comparative Study », *Michigan Law Review*, vol.58, 1960, p.1178-1180.

68. Buerstedde, *op. cit.*, p.70.

deux sexes ne seraient plus applicables était inconstitutionnel et par conséquent nul⁶⁹.

Dans cette décision, la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu la possibilité dans « des cas extrêmes » de l'existence de « normes constitutionnelles inconstitutionnelles »⁷⁰. Ainsi la Cour a admis la possibilité d'un conflit entre le droit positif constitutionnel et un droit supérieur⁷¹. Selon la Cour constitutionnelle, dans des cas extrêmes, le droit supérieur devrait prévaloir sur le droit positif et par suite la Cour pourrait être amenée à apprécier une telle « inconstitutionnalité »⁷².

La Cour constitutionnelle fédérale a d'ailleurs affirmé que

« l'adoption de l'idée selon laquelle le pouvoir constituant pourrait tout régler à son gré signifierait un retour à un positivisme dépassé »⁷³.

Elle a également estimé qu'une norme de la Loi fondamentale

« peut être nulle lorsqu'elle méconnaît de manière absolument inacceptable les principes de base sur lesquels repose le droit juste (*Gerechtigkeit*) et qui sont au nombre des principes essentiels de la Loi fondamentale »⁷⁴.

La Cour a d'ailleurs ajouté :

« Il est si peu vraisemblable qu'un législateur constituant d'une démocratie libérale outre-passe ces limites que l'éventualité théorique de normes constitutionnelles originellement inconstitutionnelles en est pratiquement exclue »⁷⁵.

En résumé, dans la décision du 18 décembre 1953, la Cour constitutionnelle fédérale affirme le principe de la limitation non seulement du pouvoir de révision constitutionnelle, mais aussi du pouvoir constituant originaire même. Car, elle envisage l'hypothèse de la non-conformité des normes initialement constitutionnelles aux normes supra-positives. En effet, la Cour constitutionnelle, d'une part, construit une théorie de la supraconstitutionnalité basée sur la supériorité des normes de droit naturel sur les normes de la Loi fondamentale, et d'autre part, elle établit une « hiérarchie de normes dans la Loi fondamentale »⁷⁶.

69. *Ibid.*

70. Décision du 18 décembre 1953, *BVerfGE*, t.3, p.231. Cité par Cole, « The Bundesverfassungsgericht... », *op. cit.*, p.44 ; *Id.*, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.973. Pour la question des « normes constitutionnelles inconstitutionnelles » voir Otto Bachoff, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen ?*, Tübingen, 1951, cité par Cole, « The Bundesverfassungsgericht... », *op. cit.*, p.79. Egalement voir Gottfried Dietze, « Unconstitutional Constitutional Norms ? Constitutional Development in Postwar Germany », *Virginia Law Review*, Vol.42, 1956, p.1-22 cité par Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.973.

71. Décision du 18 décembre 1953, *BVerfGE*, t.3, p.231. Cité par Cole, « The Bundesverfassungsgericht... », *op. cit.*, p.44 ; *Id.*, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.973 ; Kauper, *op. cit.*, p.1179.

72. Buerstedde, *op. cit.*, p.70 ; Kauper, *op. cit.*, p.71.

73. Cité par Buerstedde, *op. cit.*, p.70.

74. Décision du 18 décembre 1953, *BVerfGE*, t.3, p.225, cité par Béguin, *op. cit.*, p.64.

75. *Ibid.*

76. Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.973.

Critique. – A notre avis, d'abord, la limitation du pouvoir constituant originaire ne peut pas être envisagée du point de vue juridique, car, tout simplement ce pouvoir est un pouvoir extra-juridique. D'autre part, la thèse défendue par la Cour constitutionnelle consistant en la supraconstitutionnalité de certains principes du droit naturel n'est pas fondée. Nous avons vu l'exposé et la critique de cette théorie dans la première partie de notre travail⁷⁷. Nous y avons exposé et critiqué également la théorie de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles⁷⁸. C'est pourquoi nous n'allons pas critiquer ici la théorie de la supraconstitutionnalité ni celle de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles affirmées par la Cour constitutionnelle allemande. Notons simplement que selon nos conclusions de la première partie, les seules limites valables sont celles qui sont inscrites dans le texte constitutionnel⁷⁹. Les limites qui ne trouvent pas leur source dans la constitution ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, car elles ne sont pas valables ; elles sont privées de toute existence positive⁸⁰. Ainsi selon notre conception, seules les limites matérielles prévues expressément dans le texte de la Loi fondamentale fédérale de 1949 peuvent être valables. Comme on l'a vu plus haut, les limites matérielles à la révision constitutionnelle en Allemagne sont déterminées par l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale prévoyant l'intangibilité des principes exprimés dans les articles 1 et 20. Alors la Cour constitutionnelle fédérale ne peut vérifier la conformité des lois constitutionnelles qu'à ces principes énoncés dans les articles 1 et 20. En d'autres termes, les règles de référence pour le contrôle de la constitutionnalité matérielle des lois constitutionnelles consistent en celles mentionnées dans les articles 1 et 20 auxquels se réfère l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale. C'est pourquoi, à notre avis, le fait que la Cour constitutionnelle s'est référée aux principes et aux notions jusnaturalistes, dans la décision du 18 décembre 1953, est critiquable.

Toutefois, à l'égard du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois *constitutionnelles*, il ne faut pas exagérer la référence de la Cour constitutionnelle au droit naturel, et ceci pour plusieurs raisons :

D'abord, il est vrai que la Cour a reconnu, dans l'arrêt « Sudweststaat »⁸¹, « l'existence d'un droit supra-positif qui lierait même le législateur constituant », mais seulement *obiter dictum*⁸². En effet, la Cour constitutionnelle n'a pas statué ni dans sa décision du 23 octobre 1951, ni dans sa décision du 18 décembre 1953 sur une loi de révision constitutionnelle au sens de l'article 79. Par conséquent ces décisions ne font pas autorité à l'égard de notre problématique qui est le contrôle de la constitutionnalité des *lois constitutionnelles*.

77. Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1 et B, 1, 2, a.

78. Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2.

79. Première partie, Titre 1, Chapitre 2.

80. Comme les limites supraconstitutionnelles ou celles déduites de l'esprit de la constitution. Voir Première partie, Titre 2.

81. Décision du 23 octobre 1951, *BVerfGE*, t. 1, p.14, cité par Buerstedde, *op. cit.*, p.70. Voir également, Cole, « The Bundesverfassungsgericht... », *op. cit.*, p.43.

82. Buerstedde, *op. cit.*, p.70.

D'autre part, il convient de remarquer que dans les années cinquante, on peut trouver aussi des décisions de la Cour constitutionnelle niant l'existence des normes supra-positives. Par exemple, dans une décision du 24 avril 1953, la Cour constitutionnelle a affirmé qu'« il n'y a pas de norme supra-positive qui interdise tout simplement au législateur d'ordonner une expropriation au bénéfice du bien commun sans indemnité »⁸³. Dans une décision du 26 février 1954, la Cour a également nié « le droit supra-positif d'un fonctionnaire à l'égard de l'Etat »⁸⁴.

Il faut enfin noter que depuis 1953, la Cour constitutionnelle est délibérément plus attentive dans ses références au droit naturel⁸⁵. Elle préfère mettre l'accent sur les « principes de base » exprimés dans la Loi fondamentale⁸⁶. Il est également à préciser que la Cour constitutionnelle n'a plus affirmé qu'il y a une hiérarchie des normes dans le texte constitutionnel initial⁸⁷.

* * *

Conclusion. – En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale se considère comme compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu. La Cour constitutionnelle fédérale, dans ses décisions des 15 décembre 1970 et 23 avril 1991, a effectivement contrôlé la constitutionnalité de deux lois constitutionnelles⁸⁸. Egalement la Cour constitutionnelle vient d'être saisie de la loi constitutionnelle du 28 juin 1993 sur le droit d'asile⁸⁹. Cependant la Cour constitutionnelle fédérale n'a jamais à ce jour annulé une loi constitutionnelle⁹⁰.

83. Décision du 24 avril 1953, *J. Z.*, 1953, p.502, cité par Buerstedde, *op. cit.*, p.70.

84. Décision du 26 février 1954, *J. Z.*, 1954, p.191 cité par Buerstedde, *op. cit.*, p.70.

85. Cole, « The Bundesverfassungsgericht... », *op. cit.*, p.44. T. Cole constate que seulement le premier volume du recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale (*Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*) contient une référence au « *Naturrecht* » dans son index (*Ibid.*, p.44, note 78).

86. Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.973.

87. Voir surtout Roman Herzog, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport allemand présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduction assurée par le service juridique du Conseil constitutionnel), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.20 (Egalement in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.278).

88. La Cour constitutionnelle a déclaré irrecevable les recours individuels à l'encontre de la loi de révision constitutionnelle du 21 décembre 1992 (Michel Fromont et Olivier Jouanjan, « République fédérale d'Allemagne » (Chronique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande en 1993), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.IX, 1993, p.638-639).

89. La loi constitutionnelle du 28 juin 1993 a abrogé la dernière phrase de l'article 16 (« les persécutés politiques jouissent du droit d'asile ») et introduit un article 16a. Pour le texte de l'article 16a, voir Oberdorff, *op. cit.*, p.25. Pour le débat sur la constitutionnalité de cette révision constitutionnelle, voir Willy Zimmer, « La réforme constitutionnelle du droit d'asile en République fédérale d'Allemagne : la porte étroite », *Revue française de droit constitutionnel*, n°19, 1994, p.611-620, spécialement p. 618-619.

90. Jouanjan, « Allemagne » Rapport présenté à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, cité par le Compte-rendu effectué par Thierry Di

Alors du point de vue du droit positif, une seule conclusion s'impose : en Allemagne, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, car, la Cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu. En conséquence, en Allemagne, le pouvoir de révision constitutionnelle est effectivement limité. Car les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Loi fondamentale de 1949 sont sanctionnées par le contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale.

* * *

Après avoir vu le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Allemagne, nous verrons à présent ce problème en Autriche.

B. LA SITUATION EN AUTRICHE

Il convient tout d'abord de voir brièvement les dispositions de la Constitution autrichienne qui règlent la révision constitutionnelle. En effet le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles consiste à vérifier si les lois constitutionnelles ont été édictées conformément à ces dispositions. En d'autres termes, ces dispositions de la Constitution constituent des règles de référence pour le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par conséquent, s'il n'existe pas de telles dispositions dans la Constitution, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est par hypothèse même impossible.

Les dispositions de la Constitution autrichienne qui règlent la révision constitutionnelle sont les suivantes :

Article 44. – (1) Le vote des lois constitutionnelles (*Verfassungsgesetze*) ou des dispositions constitutionnelles (*Verfassungsbestimmungen*) contenues dans des lois simples requiert la présence de la moitié au moins de membres et la majorité des deux tiers des voix exprimées ; elles doivent être expressément désignées comme telles (« loi constitutionnelle », « disposition constitutionnelle »).

(2) Des lois constitutionnelles ou des dispositions constitutionnelles contenues dans des lois simples par lesquelles sont restreintes les attributions des *Länder* dans le domaine de la législation ou de l'exécutif, requièrent par ailleurs le consentement du Conseil fédéral (*Bundesrat*) en présence de la moitié au moins de ses membres et avec la majorité des deux tiers au moins des voix exprimées.

(3) Toute révision totale (*Gesamtänderung*) de la Constitution fédérale doit, la procédure de l'article 42 une fois est terminée, toutefois avant sa promulgation par le Président fédéral, être soumise au référendum de la population fédérale tout entière. Il en est de même des révisions partielles, lorsque le tiers des membres des membres du Conseil national ou du Conseil fédéral en fait la demande.

Article 45. – Il est décidé, dans le référendum, à la majorité absolue des voix valablement exprimées.

Article 50. – (1) Tous les traités politiques et ceux des autres qui modifient une loi ne sont valables que moyennant approbation par le Conseil national. Si de tels traités touchent aux attributions appartenant au domaine autonome des *Länder*, le consentement du Conseil fédéral (*Bundesrat*) est également obligatoire.

(2) ...

(3) Les dispositions de l'article 4é, al. 1 à 4 sont applicables par analogie aux décisions du Conseil national, et s'il s'agit d'un traité qui modifie ou complète du droit constitutionnel, celles de l'article 44, al. 1 et 2. Dans une décision d'approbation selon l'alinéa 1 de tels traités ou de telles dispositions contenues dans des traités doivent être explicitement désignées comme « modifiant la constitution ».

Article 35. – (4) Les dispositions des articles 34 et 35 (concernant la composition et les attributions du Conseil fédéral) ne peuvent être modifiées que si, au Conseil fédéral – abstraction faite de la majorité généralement requise pour ses décisions – la majorité des représentants de quatre *Länder* au moins s'est prononcée en faveur de la modification proposée⁹¹.

L'absence des limites matérielles à la révision constitutionnelle : l'impossibilité du contrôle de la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles. –

La Constitution autrichienne ne prévoit aucune limite matérielle à la révision constitutionnelle. Par conséquent, en Autriche, le contrôle de la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles est en principe impossible. Car, comme on l'a expliqué plus haut, le contrôle de la constitutionnalité matérielle des lois constitutionnelles suppose qu'il y ait des limites matérielles à la révision constitutionnelle dans la constitution. En effet, dans un système où il n'y a pas de limites matérielles, la norme posée par le pouvoir de révision constitutionnelle conformément à sa procédure devient une norme constitutionnelle comme une autre. Cette norme a exactement la même valeur juridique que les normes constitutionnelles initiales. Pour elle la question de la conformité ou de la contrariété ne se pose pas. Par conséquent, dans un tel système, les lois constitutionnelles ne peuvent pas être contrôlées du point de vue de leur régularité matérielle, parce que tout simplement il n'y a pas de critère pour ce contrôle.

Les conditions de forme dans la procédure de révision constitutionnelle. – Cependant, la Constitution autrichienne prévoit plusieurs conditions de forme dans la procédure de révision constitutionnelle. D'abord il faut préciser que cette Constitution fait une distinction entre la révision partielle et la révision totale de la Constitution du point de vue de la procédure de révision constitutionnelle.

1. *Les révisions partielles* elles-mêmes se repartissent en plusieurs catégories selon qu'elles concernent ou non les attributions de la Fédération et ou celles des *Länder*, ou enfin le statut du Conseil fédéral⁹².

a) *Pour les révisions partielles qui ne concernent pas les attributions de la Fédération et ou celles des Länder, ou enfin le statut du Conseil fédéral,* les conditions de forme exigées dans la procédure d'adoption sont les suivantes : la

⁹¹. La traduction par Otto Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.30.

⁹². *Ibid.*, p.31.

présence de la moitié au moins de membres du Conseil national *et* l'adoption à la majorité des deux tiers des voix exprimées au Conseil national.

Dans cette hypothèse, le Conseil fédéral ne pourra s'opposer à la révision constitutionnelle. « Il n'aura que le vote suspensif par lequel il peut retarder la législation ordinaire, obligeant le Conseil national à repasser une nouvelle fois par la même procédure »⁹³.

b) Par contre *les révisions constitutionnelles qui concernent les attributions de la Fédération et ou celles des Länder* doivent requérir le consentement du Conseil fédéral (*Bundesrat*). Le Conseil fédéral donnera son consentement en présence de la moitié au moins de ses membres et avec la majorité des deux tiers au moins des voix exprimées (art. 44, al. 2).

c) Enfin *les révisions partielles concernant la composition et les attributions du Conseil fédéral* elles aussi doivent obtenir le consentement du Conseil fédéral. Mais cette fois ci, le Conseil fédéral ne peut donner son consentement que si « la majorité des représentants de quatre *Länder* au moins s'est prononcée en faveur de la modification proposée » (art. 35)⁹⁴.

2. *La révision totale* de la Constitution doit être soumise au référendum. Mais le problème de savoir ce qu'est exactement une révision totale se pose inévitablement. Nous allons le voir plus tard.

Ainsi après avoir vu les conditions de forme de la révision constitutionnelle, maintenant nous pouvons voir le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

La compétence de la Cour constitutionnelle. – Elle est réglementée par l'article 140 de la Constitution autrichienne du 1^{er} octobre 1920 en termes suivants :

« La Cour constitutionnelle connaît de l'inconstitutionnalité d'une *loi fédérale* ou de Land sur requête de... »⁹⁵.

Comme on le voit, selon cet article, la Cour constitutionnelle est compétente à l'encontre d'une « *loi fédérale* ». Alors, dans cet article, les « lois constitutionnelles » ne sont pas expressément mentionnées. Cependant en Autriche, on interprète cette expression « *loi fédérale* » comme englobant non seulement les « lois ordinaires », mais aussi les « lois constitutionnelles »⁹⁶. Tout au moins la Cour constitu-

⁹³. *Ibid.*

⁹⁴. Rappelons que l'Autriche se compose de neuf *Länder*.

⁹⁵. Traduit par Sylvie Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993, p.367.

⁹⁶. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39 ; Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.140-141 ; Siegbert Morscher, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport autrichien présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduit par Ulrike Steinhorst), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.29-35.

tionnelle l'interprète comme telle, car elle s'est déjà déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles⁹⁷.

Nous allons étudier ici les décisions des 12 décembre 1952, 23 juin 1988 et 29 septembre 1988.

1. La décision du 12⁹⁸ décembre 1952, *Nationalité de Land*⁹⁹

Le gouvernement du Land de Vorarberg a déféré à la Cour constitutionnelle les dispositions d'une loi constitutionnelle fédérale relative à la « citoyenneté de Land ». Le gouvernement requérant a soutenu que la loi constitutionnelle en question était inconstitutionnelle, car, puisqu'elle réalise une « révision totale » de la Constitution, elle aurait dû être adoptée par la voie de l'article 44, alinéa 3, c'est-à-dire par le référendum¹⁰⁰.

La Cour constitutionnelle autrichienne a été ainsi pour la première fois invitée à se prononcer sur le point de savoir si un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles fédérales est possible.

La Cour constitutionnelle a examiné cette question en la divisant en deux : la question du contrôle du contenu et celle du contrôle de la forme des lois constitutionnelles. Quant au contrôle du contenu des lois constitutionnelles, la Cour constitutionnelle s'est déclarée incompétente. Car, selon la Cour, les articles de la Constitution ne lui attribuent pas une telle compétence¹⁰¹. La Cour a également affirmé qu'elle ne peut pas contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux principes supra-positifs « car, en général, aucun standard n'existe pour un tel examen »¹⁰².

Cependant, quant au contrôle de la constitutionnalité formelle des lois constitutionnelles, la Cour s'est déclarée compétente. Car, selon la haute instance, une loi constitutionnelle doit être adoptée conformément à la Constitution¹⁰³. Par conséquent, elle doit examiner la conformité de la procédure de l'élaboration des lois constitutionnelles aux dispositions de l'article 44 de la Constitution. En d'autres termes, le contrôle de la Cour sur les lois constitutionnelles consiste à vérifier le respect des dispositions de l'article 44. A cet égard les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 44

⁹⁷. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39 ; Morscher, *op. cit.*, p.33-35.

⁹⁸. 16 selon Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.175.

⁹⁹. Décision du 12 décembre 1952, *Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes* [Recueil des décisions et arrêts de la Cour constitutionnelle (autrichienne)] (nommé ci-après *VfSlg*, en abrégé), n°2455, cité par Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.974 ; Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.40, note 91 ; Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.175.

¹⁰⁰. Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.176.

¹⁰¹. *Ibid.*

¹⁰². Décision du 12 décembre 1952, *VfSlg*, n°2455, cité par Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.974

¹⁰³. Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.176.

ne posent pas de problème. Par contre l'alinéa 3 de cet article est intéressant. Car il prévoit que

« toute révision totale (*Gesamtänderung*) de la Constitution fédérale doit... être soumise au référendum de la population fédérale tout entière ».

Alors, selon la Cour, elle doit examiner la question de savoir si la loi constitutionnelle en question est de nature d'une « révision totale » de la Constitution, car, si c'est le cas, elle devrait être adoptée par la voie de l'article 3, c'est-à-dire par le référendum, et non pas par la voie des alinéas 1 et 2 de l'article 44¹⁰⁴. Et ce dernier point, c'est-à-dire la question de savoir si la loi constitutionnelle a été adoptée par le référendum est bien une question de forme, par conséquent l'examen de cette question est un contrôle de forme. D'ailleurs, puisque la Constitution autrichienne ne contient aucune limite matérielle à la révision constitutionnelle, le contrôle de la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles est par hypothèse même impossible. Par conséquent, toutes les dispositions de la Constitution sont susceptibles d'être révisées. Seulement il faut respecter une condition : la révision totale de la Constitution nécessite le référendum. Ainsi comme l'affirme la Cour constitutionnelle, son contrôle peut porter uniquement sur le point de savoir si la loi constitutionnelle en question fait une révision totale de la Constitution.

Mais qu'est-ce qu'une révision totale ?

Dans cette décision, la Cour a défini la révision totale comme un changement de telle nature que

« l'un des principes directeurs (*leitender Grundsatz*) de la Constitution fédérale en est affecté »¹⁰⁵.

Et selon la Cour,

« le principe démocratique, le principe de l'Etat de droit et le principe fédéral peuvent être considérés comme les principes directeurs de la Constitution »¹⁰⁶.

Dans ce cas d'espèce, la Cour constitutionnelle a examiné la question de savoir si la loi déférée porte atteinte aux « principes directeurs de Constitution », c'est-à-dire si elle est de nature d'une « révision totale ». Elle a estimé que la loi déférée ne touche pas aux « principes directeurs » de la Constitution, en l'occurrence au principe fédéral, car, « la pérennité de l'Etat fédéral n'est pas atteinte par le défaut d'une nationalité de Land particulier »¹⁰⁷. Par conséquent la Cour a conclu que la loi constitutionnelle adoptée sans référendum n'est pas inconstitutionnelle, car elle n'opère pas une « révision totale » de la Constitution¹⁰⁸.

¹⁰⁴. Décision du 12 décembre 1952, *VfSlg*, n°2455, cité par Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.974.

¹⁰⁵. Décision du 12 décembre 1952, *VfSlg*, n°2455, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.40, note 91. Egalement voir Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.974.

¹⁰⁶. Décision du 12 décembre 1952, *VfSlg*, n°2455, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.40, note 91. Egalement voir Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.974 ; Morscher, *op. cit.*, p.30.

¹⁰⁷. Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.177.

¹⁰⁸. *Ibid.*, p.177.

Les principes directeurs que la Cour a énumérés ne sont pas intangibles. Mais leur révision nécessite le référendum. Car, d'une part, la Cour constitutionnelle considère la révision de ces principes comme une révision totale. Et, d'autre part, l'alinéa 3 de l'article 44 prévoit la soumission de la révision totale de la Constitution au référendum. Par conséquent si une loi constitutionnelle sous la forme d'une révision partielle porte atteinte à l'un de ces principes, elle sera annulée par la Cour constitutionnelle pour cause de non-respect à la condition de référendum. Cependant même si une telle loi a été annulée par la Cour constitutionnelle, le pouvoir de révision constitutionnelle peut l'adopter de nouveau, mais avec une procédure renforcée, c'est-à-dire par le référendum. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle ne peut plus exercer un contrôle de fond sur cette loi constitutionnelle.

2. La décision du 23 juin 1988¹⁰⁹

La Cour constitutionnelle a annulé les dispositions de la loi relative à l'octroi des concessions des taxis dans sa décision 23 juin 1986¹¹⁰. Le pouvoir de révision constitutionnelle a réagi immédiatement en rééditant la même loi sous la forme de disposition constitutionnelle¹¹¹.

Statuant sur cette disposition constitutionnelle, la Cour constitutionnelle a considéré qu'« il était interdit de conférer à une norme, même de rang constitutionnel, un contenu qui la rendait non-conforme à la Constitution »¹¹².

Car, même si de telles mesures,

« étaient limitées dans leurs effets immédiats, [elles] seraient de nature à modifier profondément la Constitution fédérale dans son ensemble, surtout si cela devait se reproduire souvent. On ne pourrait accepter une telle révision essentielle de la Constitution qu'à la suite d'un référendum »¹¹³.

3. La décision du 29 septembre 1988¹¹⁴

La deuxième phrase de l'alinéa 2 de l'article 103 de la Loi sur les véhicules à moteur de 1967¹¹⁵ fut annulée par une décision de 1984¹¹⁶ et une décision de

¹⁰⁹. Décision du 23 juin 1988, V 29, V 102/88, cité par Morscher, *op. cit.*, p.34.

¹¹⁰. Décision du 23 juin 1986, G 14/86, *VfSlg*, 10.932, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.38, note 79.

¹¹¹. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.38. La disposition constitutionnelle se trouve in *Bundesgesetzblatt* [Journal officiel des lois fédéral], 1987/281, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.38.

¹¹². Morscher, *op. cit.*, p.34.

¹¹³. *Ibid.*

¹¹⁴. Décision du 29 septembre 1988, G 72, 102-104, 122-125, 136, 151-160/88, cité par Morscher, *op. cit.*, p.35 ; *VfSlg*, 11.829, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39, note 84.

¹¹⁵. *Kraftfahrzeuggesetz* 1967 dans la version *Bundesgesetzblatt*, 1967/615 cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39.

¹¹⁶. *VfSlg*, 9.950 de 1984, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39.

1985¹¹⁷ de la Cour constitutionnelle, parce qu'« elle obligeait le détenteur d'un véhicule à indiquer aux autorités le nom de la personne qui avait conduit sa voiture et commis une infraction sans que le contrevenant ait été identifié sur le coup »¹¹⁸. Cette obligation avait été jugée contraire au principe d'accusation (l'article 90, alinéa 2 de la Constitution) selon laquelle personne ne peut être contraint par la menace d'une sanction pénale de témoigner sur les faits répréhensibles qui lui sont reprochés¹¹⁹. Le pouvoir de révision constitutionnelle a adopté l'ancienne disposition annulée sous forme de disposition constitutionnelle incluse de manière non séparable dans une disposition du code de la route¹²⁰.

« La Cour constitutionnelle fut saisie par voie de recours contre des décisions administratives ainsi que par une demande de contrôle incident introduite par la Cour administrative pour se prononcer sur la *constitutionnalité* de cette nouvelle disposition »¹²¹. La Cour n'a pas conclu à l'annulation de cette disposition constitutionnelle. Mais elle a souligné qu'elle maintenait sa jurisprudence selon laquelle toute disposition constitutionnelle doit être conforme aux principes directeurs de la Constitution fédérale¹²². Si ce n'est pas le cas, la révision constitutionnelle en question vaut une révision totale de la Constitution qui nécessite le référendum en vertu de l'article 44, alinéa 3 de la Constitution.

D'ailleurs, la Cour a reconnu, dans cette décision, que son contrôle avec les droits fondamentaux font partie de ces principes essentiels de la Constitution¹²³. De même la Cour constitutionnelle a affirmé que pour qu'il y ait violation de ces principes fondamentaux, une atteinte grave et importante n'est pas nécessaire, « mais il suffit qu'il y ait des mesures ponctuelles mais répétées qui constituent, en fin de compte, une modification essentielle de la Constitution fédérale »¹²⁴. Ainsi selon la Cour constitutionnelle, l'accumulation des révisions partielles revient, si elle franchit un certain seuil, à une révision totale qui nécessite le référendum¹²⁵.

Ceci veut dire que, comme le constate Otto Pfersmann, « la Cour se considère compétente pour statuer sur la constitutionnalité du droit constitutionnel édicté sous

¹¹⁷. *VfSlg*, 10.394 de 1985, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39.

¹¹⁸. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39.

¹¹⁹. Morscher, *op. cit.*, p.34. Egalement Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39.

¹²⁰. *Bundesgesetzblatt*, 1986/106 (10^e amendement de la Loi sur les véhicules à moteur *KFG*) cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39. Ainsi la technique législative était la suivante : « les dispositions contraires au principe d'accusation ont le statut d'une simple loi. Elles sont ensuite immunisées par une disposition constitutionnelle » (Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39, note 83).

¹²¹. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39. *VfSlg*, 11.829.

¹²². Morscher, *op. cit.*, p.34.

¹²³. Morscher, *op. cit.*, p.34 ; Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39.

¹²⁴. Morscher, *op. cit.*, p.35.

¹²⁵. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39. « Si une accumulation de modifications successives devait avoir une révision totale pour résultat, elle devrait également être soumise à référendum » (*Ibid.*, p.42).

forme de révision partielle non seulement quant à la procédure mais aussi quant au contenu »¹²⁶.

Alors comme on le voit, tout le problème se concentre sur le point de savoir ce qu'est exactement une révision totale de la Constitution.

Au début, dans la doctrine autrichienne de droit constitutionnel, comme le remarque Otto Pfersmann, cette notion était définie selon le critère formel¹²⁷. Ainsi on a affirmé qu'« une révision totale exige la substitution d'un autre document textuel à celui qui se trouve actuellement en vigueur »¹²⁸. Cependant, à partir de 1929, les constitutionnalistes ont évolué vers une conception matérielle¹²⁹.

Enfin, comme nous l'avons vu, dans la décision du 12 septembre 1952, la Cour a défini la révision totale dans le sens matériel, en affirmant que la révision totale est un changement de telle nature que « l'un des principes directeurs de la Constitution fédérale en est affecté »¹³⁰. Et selon la Cour, « le principe démocratique, le principe de l'Etat de droit et le principe fédéral peuvent être considérés comme les principes directeurs de la Constitution »¹³¹. La Cour a ajouté à ces principes celui de la justice constitutionnelle dans la décision du 29 septembre 1988¹³².

Appréciation générale

Comme nous l'avons vu plus haut, la Constitution autrichienne ne prévoit aucune limite matérielle à la révision constitutionnelle. Par conséquent, dans ce système, le contrôle de la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles est par hypothèse même exclu. En effet, le contrôle de la constitutionnalité matérielle des lois constitutionnelles suppose qu'il y ait des limites matérielles à la révision constitutionnelle dans la constitution. Par conséquent, à notre avis, la Cour constitutionnelle autrichienne ne peut pas contrôler la régularité matérielle des lois

¹²⁶. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.39.

¹²⁷. *Ibid.*, p.40.

¹²⁸. *Ibid.*

¹²⁹. *Ibid.*

¹³⁰. Décision du 12 décembre 1952, *VfSlg*, n°2455, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.40, note 91. Egalement voir Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.974.

¹³¹. Décision du 12 décembre 1952, *VfSlg*, n°2455, cité par Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.40, note 91. Egalement voir Cole, « Three Constitutional Courts... », *op. cit.*, p.974 ; Morscher, *op. cit.*, p.30.

¹³². Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.40-41. Sylvie Peyrou-Pistouley, en citant Heinz Schaeffer (*Verfassungsinterpretation in Oesterreich*, Wien, New York, Springer Verlag, 1971, p.76), note qu'il y a, dans la doctrine autrichienne du droit constitutionnel, une véritable inflation de prétendus principes directeurs (Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.179). Par exemple, selon les différents auteurs, les principes suivants sont des principes directeurs de la Constitution : le principe national, la laïcité de l'Etat, l'indépendance des juges, l'auto-administration communal, etc. (*Ibid.*, p.178).

constitutionnelles, parce que tout simplement il n'y a pas de critère pour un tel contrôle.

Alors la Cour constitutionnelle autrichienne ne peut exercer qu'un *contrôle de forme* sur les lois constitutionnelles.

Quant à la question de savoir en quoi consiste ce contrôle de forme, il faut faire une distinction entre les lois constitutionnelles adoptées sous forme de révision totale, c'est-à-dire avec référendum et celles édictées sous forme de révision partielle, c'est-à-dire sans référendum.

1. En ce qui concerne les lois constitutionnelles adoptées *sous forme de révision totale*, le contrôle de la Cour porte uniquement sur la régularité formelle de la révision constitutionnelle. En d'autres termes, ce contrôle consiste à vérifier si la loi constitutionnelle en question a été bien adoptée par le référendum et ceci conformément aux conditions exigées dans l'article 44, alinéa 3, et l'article 45 de la Constitution.

2. En ce qui concerne les lois constitutionnelles adoptées *sous forme de révision partielle*, le *contrôle de forme* consiste à vérifier le respect des conditions de procédure prévues dans l'article 44, alinéa 1 et 2, de la Constitution. En d'autres termes, les règles de référence pour un tel contrôle sont celles qui sont contenues dans les alinéas 1 et 2 de l'article 44.

La vraie question qui se pose ici en effet est celle de savoir quelle révision constitutionnelle est une « révision totale » et laquelle une « révision partielle ». Car, l'article 44, alinéa 3, stipule que « toute révision totale de la Constitution doit... être soumise au référendum ». Et ceci est apparemment une condition de forme. Par conséquent, après s'être déclarée compétente pour statuer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il est normal que la Cour constitutionnelle se prononce sur la question de savoir si la révision constitutionnelle en question est une « révision totale » ou une « révision partielle ». C'est une condition préalable avant d'effectuer le contrôle de forme des lois constitutionnelles. En effet les règles de référence dans le contrôle de forme seront fixées en fonction de la nature de la révision constitutionnelle. Alors il faut d'abord déterminer si la révision constitutionnelle en question est de nature d'une « révision totale » ou d'une « révision partielle ».

Mais qu'est-ce qu'une révision totale ?

Comme nous l'avons vu, la Cour a défini la révision totale avec un critère matériel, en affirmant que la révision totale est un changement de telle nature que « l'un des principes directeurs de la Constitution fédérale en est affecté ». Par conséquent si une révision constitutionnelle qui a été adoptée sans référendum porte atteinte à l'un de ces principes, elle sera considérée comme une révision totale, et par conséquent elle sera annulée par la Cour constitutionnelle pour cause de non-conformité à la condition de forme prévue par l'alinéa 3 de l'article 44, selon laquelle toute révision totale doit être soumise au référendum. Ainsi le contrôle de la conformité à la condition de forme prévue par l'article 44, alinéa 3,

nécessite l'examen du contenu de la loi constitutionnelle en question. Car cet examen consiste à vérifier la conformité du contenu de cette loi aux principes directeurs de la Constitution. Et ceci en réalité n'est pas autre chose qu'un contrôle de fond.

Or, puisqu'il n'y a pas de limites matérielles à la révision constitutionnelle dans la Constitution autrichienne, le contrôle de fond des lois constitutionnelles est exclu par principe même. En effet, le manque de limites matérielles à la révision constitutionnelle, c'est-à-dire de règles de référence pour le contrôle de fond est comblé par la Cour constitutionnelle qui définit la « révision totale » par un critère matériel, comme un changement de telle nature que « l'un des principes directeurs de la Constitution fédérale en est affecté ». Ainsi ces « principes directeurs » qui seront définis par la Cour constitutionnelle constitueront des limites matérielles à la révision constitutionnelle, c'est-à-dire des règles de référence pour le contrôle de fond des lois constitutionnelles. On peut alors dire que la Cour constitutionnelle a inventé les limites matérielles là où elles n'existent pas.

En conséquence, en ce qui concerne les lois constitutionnelles adoptées sous forme de révision partielle, c'est-à-dire sans référendum, la Cour constitutionnelle se considère comme compétente, non seulement quant à la régularité formelle, mais aussi quant au contenu.

Cependant, le pouvoir de révision constitutionnelle a toujours la possibilité de surmonter le contrôle de fond de la Cour sur les lois constitutionnelles sous forme de révision partielle. En effet, même si une loi constitutionnelle a été annulée par la Cour quant au fond, c'est-à-dire pour cause de non-conformité à l'un des principes directeurs, le pouvoir de révision constitutionnelle peut adopter à nouveau la même loi constitutionnelle mais cette fois-ci sous forme de révision totale, c'est-à-dire avec le référendum. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle ne peut plus exercer de contrôle de fond sur cette loi constitutionnelle, car elle est déjà de nature de révision totale.

Conclusion. – En Autriche, la Cour constitutionnelle se considère comme compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. En ce qui concerne les lois constitutionnelles adoptées *sous forme de révision partielle*, c'est-à-dire sans référendum, ce contrôle porte, non seulement sur la régularité formelle, mais aussi sur le contenu de ces lois. Par contre, en ce qui concerne les lois constitutionnelles adoptées *sous forme de révision totale*, c'est-à-dire avec le référendum, le contrôle de la Cour constitutionnelle porte uniquement sur la régularité formelle de la révision constitutionnelle.

En conséquence, du point de vue du droit positif, une seule conclusion s'impose : en Autriche, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, car, la Cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors, en Autriche, les conditions de forme et de procédure de la révision constitutionnelle sont sanctionnées par le contrôle de la Cour constitutionnelle. Par conséquent, le pouvoir de révision constitutionnelle est effectivement limité par ces conditions.

* * *

[Page laissée intentionnellement vide]

§ 2. LA SITUATION EN FRANCE

Après avoir vu le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Allemagne et en Autriche, nous verrons à présent ce problème en France.

Selon le cadre théorique que nous avons tracé plus haut¹, pour savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible dans un pays donné il faut d'abord regarder la constitution de ce pays. Si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution, ce contrôle est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle. Alors voyons d'abord les dispositions de la Constitution française qui concernent le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Réglementation constitutionnelle. – La Constitution française de 1958 détermine les textes soumis au contrôle du Conseil constitutionnel dans son article 61 :

Article 61. – Les lois organiques avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Comme on le voit, le Conseil constitutionnel est compétent à l'égard des lois organiques, des règlements des assemblées parlementaires et des lois. Cependant dans l'article, les *lois constitutionnelles* ne sont pas mentionnées. En d'autres termes, la Constitution française ne contient aucune disposition expresse sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Par conséquent, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans le cas de la France doit être analysé comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé*.

Nous avons vu plus haut² le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un tel système sur le *plan théorique*.

Sans entrer dans les détails, rappelons que, selon les conclusions que nous avons faites dans le cadre théorique, dans un système où le contrôle de la constitu-

1. Ce titre, Chapitre 1.

2. Ce titre, Chapitre 1.

tionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé, puisque la solution n'existe pas dans les textes positifs, elle ne peut se trouver que dans la jurisprudence constitutionnelle. Mais pour qu'il y ait une jurisprudence constitutionnelle, il faut qu'il existe avant tout un organe chargé du contrôle de la constitutionnalité. En d'autres termes, il faut qu'il y ait, dans le système, un organe compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

En France, sous la V^e République, il y a un Conseil constitutionnel chargé de contrôler la constitutionnalité des lois³. Par conséquent, la première condition est remplie.

Dans le cadre théorique⁴, deuxièmement, nous avons affirmé que, s'il y a un organe chargé de contrôle de la constitutionnalité dans le système, il faut regarder la jurisprudence de cet organe sur le point de savoir s'il se déclare compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Du point de vue du droit positif, dans une telle hypothèse, il faut admettre que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible si l'organe chargé de contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par contre, un tel contrôle est impossible si l'organe chargé de contrôle de la constitutionnalité se considère comme incompétent pour contrôler les lois constitutionnelles. Car, du point de vue du droit positif, la jurisprudence de cet organe est incontestable. En d'autres termes la décision de cet organe constitue la solution authentique du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Alors, pour savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou non en France, il faut regarder la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le point de savoir s'il se considère comme compétent pour se prononcer sur la validité de ces lois. S'il s'est déjà déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ce contrôle est possible. Si ce n'est pas le cas, il est impossible.

Voyons alors la jurisprudence du Conseil constitutionnel français sur le point de savoir s'il se déclare compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

* * *

Jusqu'à maintenant, le Conseil constitutionnel français a eu l'occasion de statuer sur la constitutionnalité d'une seule loi constitutionnelle : celle de la loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel⁵. Cette loi, ayant pour objet de réviser les articles 6 et 7 de la Constitution de 1958, a été adoptée par le peuple à la suite du référendum du 28 octobre 1962. Le Conseil constitutionnel, qui a été saisi par le président du Sénat, a décidé qu'il n'avait pas compétence pour contrôler les lois « adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum ». Ainsi nous avons une réponse partielle à la question de

3. Articles 56-63 de la Constitution de 1958.

4. Ce titre, Chapitre 1.

5. *Journal officiel*, 7 novembre 1962.

savoir si les lois constitutionnelles peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel. Si la loi constitutionnelle a été adoptée par le peuple à la suite d'un référendum, elle ne peut pas être contrôlée par le Conseil constitutionnel. Cependant en ce qui concerne les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, nous n'avons pas de réponse jurisprudentielle. Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi jusqu'ici à l'encontre d'une loi constitutionnelle votée par le Congrès du Parlement. Néanmoins, certains auteurs trouvent quelques éléments de réponse dans la décision du 2 septembre 1992.

Alors il convient d'examiner la question du contrôle de la constitutionnalité, d'abord, des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum (A), et ensuite, de celles votées par le Congrès du Parlement (B).

A. LA QUESTION DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES ADOPTEES PAR LE PEUPLE A LA SUITE D'UN REFERENDUM : la jurisprudence du 6 novembre 1962

Sous la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, il y a deux décisions du Conseil constitutionnel à étudier : celle du 6 novembre 1962 et celle du 23 septembre 1992.

Avant d'examiner ces décisions, il convient de faire quelques *remarques préliminaires*.

D'abord, il faut tout de suite souligner que le fond de ces affaires ne nous intéresse pas. Nous traitons ici du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. La question de la constitutionnalité des lois dont il s'agit dans ces affaires reste en dehors de notre sujet. En d'autres termes, nous n'allons pas examiner ici la question de savoir si l'on peut réviser la Constitution par l'application de l'article 11⁶, mais celle de savoir si le Conseil constitutionnel peut contrôler

6. Comme nous l'avons déjà expliqué (Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 3, C), à deux reprises, en 1962 et en 1969, le général de Gaulle a utilisé l'article 11 pour réviser la Constitution de 1958. L'emploi de cet article pour procéder à une révision de la Constitution a suscité une vaste controverse. Au début, deux thèses se sont affrontées. Selon le général de Gaulle et certains constitutionnalistes, l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution est régulière. Cette thèse est défendue par Pierre Lampué et Françoise Goguel. Voir Pierre Lampué, « Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11 », *Revue du droit public*, 1962, p.931-935 ; François Goguel, *Les institutions politiques de la France*, Les cours de droit, I.E.P. de Paris, 1968-1969, (Compléments et rectifications de 1969-1970), p.45 ; François Goguel, « De la conformité du référendum 28 octobre 1962 à la Constitution », in *Mélanges offerts en hommage à Maurice Duverger*, Paris, P.U.F., 1987, p.115-125.

Par contre la majorité de la classe politique et de la doctrine ont contesté la régularité de l'emploi de l'article 11 (Georges Berlia, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *Revue du droit public*, 1962, p. 936-949 ; Maurice Duverger, *Le Monde*, 17 octobre 1962 ; P. Bastid, G. Berlia, Ph. Teitgen, *L'aurore*, 14 octobre 1962 ; Sur le référendum 1969 : Maurice Duverger, « La carte forcée », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968 ; A. Hauriou, « Contre le viol des constitutions », *Le Monde*, 26-27 juillet 1968).

une loi de révision constitutionnelle adoptée suivant la procédure de cet article. Nous n'allons pas non plus discuter de la question de la conformité à la Constitution de la loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne adoptée par le référendum du 20 septembre 1992.

Ensuite c'est la question du contrôle de la constitutionnalité des *lois constitutionnelles* qui fait l'objet de notre thèse, et non pas celle du contrôle de la constitutionnalité des *lois ordinaires*. Or, dans les décisions des 6 novembre 1962 et 23 septembre 1992, le Conseil constitutionnel examine la question de savoir s'il est compétent pour statuer sur la constitutionnalité d'une *loi adoptée par voie de référendum*, et non pas spécialement d'une *loi constitutionnelle*. Ceci est tout à fait normal pour la décision du 23 septembre 1992, car cette décision porte sur la loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, et non pas sur une loi constitutionnelle. Quant à la décision du 6 novembre 1992, même si elle porte sur une *loi constitutionnelle* adoptée par voie de référendum, le Conseil constitutionnel discute le problème en termes de *lois référendaires*, et non pas en termes de *lois constitutionnelles* : le Conseil constitutionnel se demande s'il a compétence pour contrôler la constitutionnalité des *lois référendaires* et non pas celle des *lois constitutionnelles*. La doctrine aussi se pose la question en mêmes termes.

En effet, cette question ne nous intéresse pas *directement*, car, la question qui se pose dans notre thèse est celle de savoir si les *lois constitutionnelles* peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, et non pas celle de savoir si le Conseil peut contrôler la constitutionnalité des *lois référendaires*. Ces deux questions sont, en principe, deux choses différentes, parce que, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel se serait déclaré *compétent* pour contrôler la constitutionnalité des lois adoptées par voie de référendum, il pourrait parfaitement se déclarer *incompétent* pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par cette, pour d'autres motifs. Mais dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire, dans celle où le Conseil constitutionnel se serait déclaré *incompétent* pour contrôler les lois adoptées par voie de référendum, cette déclaration d'incompétence impliquerait aussi l'incompétence du Conseil constitutionnel pour contrôler les *lois constitutionnelles* adoptées par voie de référendum. En effet, dans cette hypothèse, la motivation d'incompétence serait valable inévitablement pour les *lois constitutionnelles* adoptées par voie de référendum, car ces lois, bien que leur objet soit différent, sont des lois référendaires.

Avec le temps, comme le constate Gérard Conac, « plusieurs constitutionnalistes durent reconnaître qu'effectivement l'article 11 posait aux juristes un problème sérieux dont la solution n'était pas aussi évidente qu'ils avaient pu le penser d'abord » (Conac, « Article 11 », *op. cit.*, p.436).

Aujourd'hui les juristes manifestent moins de réserve. Une bonne partie des constitutionnalistes considèrent que la révision de la Constitution par la voie de l'article 11 est possible (Maurice Duverger, *Le système politique français*, Paris, P.U.F., 20^e édition, 1990, p.385). En ce sens voir encore (mais les opinions sont très nuancées) : Burdeau, Hamon, Troper, *op. cit.*, 23^e éd., 1993, p.442 ; Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.110-113 ; Quermonne et Chagnollaud, *op. cit.*, p.66-67 ; Ardant, « La révision constitutionnelle en France : problématique générale », *op. cit.*, p.89-90 ; Gicquel, *op. cit.*, p.519 ; Debbasch et alii, *op. cit.*, p.619-621.

C'est pourquoi nous allons examiner ici les décisions du Conseil constitutionnel des 6 novembre 1962 et 23 septembre 1992, même si dans ces décisions, le Conseil discute de la question de savoir s'il a compétence pour contrôler les lois *référendaires*, et non pas les lois *constitutionnelles*. En effet, puisque le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler les lois référendaires, ces décisions apportent une réponse à la question de savoir si les lois constitutionnelles sont soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

Maintenant, après avoir fait ces remarques préliminaires, nous verrons d'abord les décisions du Conseil constitutionnel, ensuite les critiques adressées à ces décisions, et enfin nous essayerons de faire une appréciation générale de la question posée au Conseil constitutionnel à l'occasion de ces affaires.

1. Les décisions du Conseil constitutionnel

Nous allons voir d'abord la décision du 6 novembre 1962, ensuite celle du 23 septembre 1992.

a. La décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*⁷

Les articles 6 et 7 de la Constitution de 1958 ont été révisés par la loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel⁸. Cette loi a été adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, suivant la procédure de l'article 11.

Le Conseil constitutionnel fut saisi le 3 novembre 1962 par le président du Sénat, sur la base de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, du texte de loi aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution⁹.

Le Conseil constitutionnel a décidé qu'il « n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande... du président du Sénat ».

Le Conseil constitutionnel affirme, dans un premier considérant, que sa compétence

« est strictement délimitée par la Constitution, ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel prise pour l'application du titre VII de celle-ci ; que le Conseil ne saurait donc être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux qui sont limitativement prévus par ces textes »¹⁰

Ainsi le Conseil rappelle d'abord sa qualité de juge d'attribution, c'est-à-dire qu'il n'a pas compétence générale pour connaître tous les actes normatifs¹¹. En

7. C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, (Loi référendaire), *Rec.*, 1962, p.27.

8. *Journal officiel* du 7 novembre 1962.

9. Texte du recours du président du Sénat, in Didier Maus, *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la V^e République*, Paris, La Documentation française, 2^e édition 1982, p.365-367.

10. C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p.27.

11. Favoreu et Philip, *op. cit.*, p.178-179 ; Genevois, *La jurisprudence... op. cit.*, p.29.

d'autres termes, la haute juridiction affirme le principe de l'interprétation stricte de ses compétences¹². En effet, comme le constate Léo Hamon¹³, ce principe avait été formellement consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 décembre 1960¹⁴ et celle du 14 septembre 1961¹⁵.

Comme le remarquent Louis Favoreu et Loïc Philip, « la question qui se posait au Conseil constitutionnel était celle de savoir si les lois référendaires et les lois parlementaires devaient avoir le même régime contentieux. En somme, devait-il considérer qu'il n'y avait qu'une seule catégorie de lois au regard du contrôle de constitutionnalité ou bien deux catégories »¹⁶ ?

En effet, comme on l'a dit, l'article 61, al.2, de la Constitution de 1958 a habilité le Conseil constitutionnel à statuer sur « les lois ». Mais cet article ne précise pas clairement si « les lois » qu'il vise englobent ou non les lois référendaires¹⁷. Autrement dit, les lois référendaires sont-elles des « lois » au sens de l'article 61, al.2, de la Constitution de 1958¹⁸ ?

Selon l'auteur de la saisine, Gaston Monnerville, président du Sénat, « les lois » au sens de l'article 61, al.2, englobaient non seulement les lois votées par le Parlement, mais aussi celles adoptées par voie de référendum. Car, les termes du second alinéa de l'article 61 « ne comportent aucune distinction entre les lois votées par le Parlement et celles qui ont été adoptées par référendum¹⁹. Par conséquent le président du Sénat conclut que l'on ne saurait pas soutenir que, du fait que la loi en question

« a été adoptée par la procédure du référendum, et non par celle des délibérations et des votes des assemblées parlementaires, le Conseil constitutionnel serait incompétent pour se prononcer sur la conformité de cette loi à la Constitution »²⁰.

Le Conseil constitutionnel rejette cette interprétation. Selon la haute juridiction,

« les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum... »²¹.

Le Conseil constitutionnel tire cette conclusion d'une part de l'esprit, et d'autre part, du texte de la Constitution de 1958.

12. Claude Franck, *Les grandes décisions de la jurisprudence : droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., Thémis, 1978, p.280-281.

13. Léo Hamon, Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Recueil Dalloz*, 1963, p.398.

14. C.C., décision du 23 décembre 1960, *Regroupement national*, *Rec.*, p.67.

15. C.C., décision du 14 septembre 1961, *Demande d'avis*, *Rec.*, p.55.

16. Favoreu et Philip, *op. cit.*, p.179.

17. Franck, *op. cit.*, p.282.

18. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.127.

19. La lettre du recours du président du Sénat, in Maus, *Textes et documents*, *op. cit.*, p.366

20. *Ibid.*

21. C.C., n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p.27.

I. Le Conseil constitutionnel fait d'abord appel à l'« esprit de la Constitution » :

« ... il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois ... ».

En effet la haute instance observe d'abord que l'article 61 de la Constitution qui définit les actes pouvant ou devant être soumis au Conseil ne précise pas si le contrôle de constitutionnalité est limité aux seules lois votées par le Parlement ou s'il s'étend également aux lois adoptées par voie de référendum²². Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, l'article 61 ne tranche pas le problème qui est posé devant lui, et par conséquent il convient de se reporter à l'esprit de la Constitution²³.

En invoquant l'esprit de la Constitution, le Conseil constitutionnel s'est lui-même défini comme « *un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* »²⁴. Comme le remarque Léo Hamon, il faut alors déterminer ici le sens donné à l'expression « pouvoirs publics ». Le peuple statuant par référendum ne pourrait-il pas être qualifié de « pouvoir public » ? Le Conseil constitutionnel ne l'admet pas. Alors dans cette décision, le terme « pouvoirs publics » désigne les « organes constitués » et non pas le peuple²⁵. Il s'ensuit que la « régulation » exercée par le Conseil constitutionnel ne porte que sur l'activité desdits organes constitués et jamais sur la manifestation de la volonté du peuple²⁶. En d'autres termes, les lois visées par l'article 61 « sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles... adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum »²⁷. En effet, ces dernières lois « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »²⁸. En conclusion, le Conseil constitutionnel a déduit de l'esprit de la Constitution qu'elle n'avait pas reçu compétence d'assurer la régulation de l'« expression directe de la souveraineté nationale »²⁹.

II. La décision du Conseil constitutionnel se fonde encore sur des *arguments de texte* qui sont tirés de la Constitution et de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

A. Le premier groupe de ces arguments sont tirés des *articles 60 et 11 de la Constitution de 1958*.

22. Franck, *op. cit.*, p.281. Léo Hamon observe que « rien dans cet article [61] qui mentionne, prévoit ou exclut l'intervention de la Haute instance dans l'hypothèse d'une loi adoptée au référendum » (Hamon, Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *op. cit.*, p.399).

23. Genevois, *op. cit.*, p.30.

24. C.C., n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p.27, 2^e considérant. En effet, comme le remarque MM. Favoreu et Philip, dans le système constitutionnel de 1958, « le Conseil constitutionnel a été conçu comme une pièce essentielle du mécanisme destiné à maintenir l'équilibre entre Parlement et pouvoir exécutif » (Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.184).

25. Hamon, Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *op. cit.*, p.399.

26. Franck, *op. cit.*, p.281.

27. C.C., n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p.27, 2^e considérant.

28. *Ibid.*

29. Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.11.

1. La haute juridiction se réfère d'abord à *l'article 61* qui détermine le rôle du Conseil constitutionnel en matière de référendum. Selon cet article « le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats ». Le Conseil, dans sa décision du 23 décembre 1960 (*Regroupement national*), a limité son contrôle aux seules réclamations « susceptibles d'être formulés à l'issue du scrutin contre les opérations effectuées »³⁰. Alors ceci exclut *a priori* le contrôle de la constitutionnalité d'une loi référendaire³¹.

2. D'autre part, le Conseil constitutionnel se réfère à *l'article 11* « qui ne prévoit aucune formalité entre l'adoption d'un projet de loi par le peuple et sa promulgation par le président de la République ».

B. Le deuxième groupe des arguments de texte sont tirés de *l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*. Le Conseil constitutionnel a constaté que l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel n'envisage que le contrôle de la constitutionnalité pour des lois votées par le Parlement.

1. *L'article 23* de cette loi organique prévoit que « dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de la loi, le président de la République peut, soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux Chambres une nouvelle lecture ». Cette disposition montre bien que l'ordonnance « n'a eu en vue, dans ce cas, que l'hypothèse d'une loi adoptée par les assemblées »³².

2. *L'article 17* de ladite loi est encore plus nette. Il ne fait mention que des « lois adoptées par le Parlement ». Comme le remarque Léo Hamon, « ici encore, l'hypothèse de l'adoption par le Parlement est seule retenue »³³.

Ainsi aucun texte ne prévoit l'intervention du Conseil constitutionnel pour apprécier la conformité à la Constitution d'une loi adoptée par le référendum³⁴.

30. C.C., décision du 23 décembre 1960, *Regroupement national*, *Rec.*, p.67.

31. Franck, *op. cit.*, p.282.

32. Hamon, Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *op. cit.*, p.399. En ce sens voir encore Favoreu et Philip, *op. cit.*, 1993, p.185 ; Genevois, *La jurisprudence... op. cit.*, p.30 ; Franck, *op. cit.*, p.282.

33. Hamon, Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *op. cit.*, p.399.

34. Hamon, Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *op. cit.*, p.399 ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.185 ; Franck, *op. cit.*, p.282.

b. La décision n° 92-313 du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*³⁵

La question du maintien de la jurisprudence du 6 novembre 1962 a été posée lors de l'adoption de la loi référendaire portant autorisation de ratifier le traité de Maastricht. Cette loi a été adoptée par le référendum du 20 septembre 1992. Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 20 septembre 1992, postérieurement à 20 heures, par 63 députés, sur la base de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, aux fins d'appréciation de la conformité à la Constitution de la loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, adoptée par voie de référendum.

D'abord soulignons que cette décision ne porte pas sur une loi constitutionnelle. Mais puisque le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois adoptées par voie de référendum, la motivation d'incompétence vaut également pour les lois *constitutionnelles* adoptées par voie de référendum. C'est pourquoi nous l'examinons ici. Par contre, si le Conseil constitutionnel s'était déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois référendaires, cette motivation ne serait pas valable pour les lois constitutionnelles référendaires, car le Conseil constitutionnel pourrait parfaitement se déclarer incompétent pour contrôler la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle référendaire pour d'autres motifs.

Dans la décision du 23 septembre 1992, le Conseil constitutionnel a maintenu sa décision d'incompétence du 6 novembre 1962, en reprenant mot pour mot sa motivation de l'époque, à deux exceptions près. C'est pourquoi nous ne reprenons pas ici les arguments que nous venons d'étudier. Nous n'allons préciser que les deux différences qui existent entre ces deux décisions.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel ne se définit plus comme « *un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* ». En effet, depuis 1971, le Conseil constitutionnel a cessé d'être un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics³⁶, et il est devenu un organe essentiellement chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois et de la protection des droits fondamentaux³⁷.

En second lieu, le Conseil constitutionnel ne fait plus référence à l'« esprit de la Constitution » comme il l'avait fait dans la décision du 6 novembre 1962. Dans sa décision de 1992, il se fonde désormais sur « *l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution* »³⁸.

35. C.C., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne (Maastricht III)*, *Rec.*, 1992, p.94-95. Louis Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.746. Également voir Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle (Louis Favoreu et alii), « France », (Chronique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français - 1992), *Annuaire international de justice constitutionnel*, 1992, p.473 ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.184-187, 826 ; François Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution (quatrième partie) », *Revue du droit public*, 1992, p.1606 ; Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.165-166 ; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.176-179.

36. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.166.

37. Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.185.

38. C.C., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, 2^e considérant.

2. Les critiques adressées ces décisions

Les arguments du Conseil constitutionnel développés dans la décision du 6 novembre 1962 et confirmés dans la décision du 23 septembre ne sont pas à l'abri des critiques.

I. Dans la doctrine du droit constitutionnel français, on a observé que la *distinction faite par le Conseil constitutionnel entre l'expression directe et indirecte de la souveraineté nationale* n'est pas correcte au regard de l'article 3 de la Constitution qui n'établit aucune hiérarchie entre les modes d'exercice de la souveraineté nationale³⁹.

En effet l'impossibilité de faire une différenciation entre l'expression directe et indirecte de la souveraineté nationale a été invoquée d'abord par le président du Sénat dans sa lettre de recours. Selon Gaston Monnerville,

« la compétence du Conseil constitutionnel ne peut pas être contestée par une argumentation fondée sur l'article 3 de la Constitution, dont le premier alinéa dispose que 'la souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie de référendum'.

L'exercice de la souveraineté nationale, que ce soit par les représentants du peuple ou par les électeurs consultés par voie du référendum, n'est en effet légitime que dans le respect des règles et des procédures instituées par la Constitution. Admettre qu'il en puisse être autrement en cas de référendum conduirait nécessairement à admettre que les représentants du peuple ne sont également soumis à aucune règle constitutionnelle dans l'exercice de la souveraineté qui leur est déléguée. Ce serait donc ruiner, non seulement la base même du Droit, même celle de toute stabilité des institutions »⁴⁰.

François Luchaire aussi critique la distinction entre l'expression directe et indirecte de la souveraineté nationale. Il affirme que

« sur le plan des textes, l'argument ne vaut pas : l'article 3 de la Constitution place en effet sur le même plan l'exercice de la souveraineté nationale par le peuple et ce même par ses représentants ; si le second est contrôlable on ne voit pas pourquoi le premier ne le serait pas »⁴¹.

Egalement selon Claude Franck, l'affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle « seules les lois adoptées par référendum 'constituent l'expression directe de la souveraineté nationale' s'avère superfétatoire et inexacte »⁴².

En effet, la différenciation entre l'expression directe et indirecte de la souveraineté nationale introduit une hiérarchie entre loi parlementaire et loi référendaire. Comme le remarque Léo Hamon,

39. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., 3^e éd. p.177 ; Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p.128 ; Franck, op. cit., p.281 ; Conac, « Article 11 », op. cit., p.459.

40. Texte du recours du président du Sénat, in Maus, *Textes et documents*, op. cit., p.366.

41. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p.128.

42. Franck, op. cit., p. 281.

« une idée de hiérarchie intervient ici, non plus entre la Constitution, la loi et le règlement, mais entre les expressions directe et indirecte (par des ‘représentants’ qui sont les ‘pouvoirs publics’) de la souveraineté nationale »⁴³.

Or, l'article 3 de la Constitution n'établit aucune hiérarchie entre les modes d'exercice de la souveraineté nationale.

II. Les arguments de texte invoqués par le Conseil constitutionnel sont eux aussi critiqués. Par exemple François Luchaire critique la réponse négative du Conseil constitutionnel à la question de savoir si les lois référendaires sont des lois au sens de l'article 61 de la Constitution. Selon lui, la réponse à cette question

« résulte clairement du texte même de la formule finale (et de promulgation) de la Constitution : ‘la présente loi sera exécutée comme Constitution de République et de Communauté’ ; la Constitution adoptée par le référendum populaire est donc elle aussi une loi ; dès lors pourquoi le mot aurait-il compréhension différente dans la formule finale de la Constitution et dans le corps de ses articles »⁴⁴ ?

François Luchaire critique également les arguments de texte tirés des articles 17 et 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Selon lui,

« que l'ordonnance n'ait organisé le contrôle de la loi parlementaire, c'est une évidence ; mais que ses rédacteurs aient voulu par là même supprimer le contrôle de la loi référendaire, voilà qui n'est absolument pas évident. Peut-être y a-t-il une lacune de l'ordonnance ? mais elle ne devrait pas empêcher le Conseil d'exercer la mission que la Constitution lui a confiée et cela d'autant plus qu'un texte organique, mesure d'application de la Constitution, ne peut ni aller à l'encontre de celle-ci, ni réduire les pouvoirs qu'elle donne au Conseil »⁴⁵.

* * *

Comme nous l'avons noté, dans la décision du 23 septembre 1992⁴⁶, le Conseil constitutionnel a maintenu sa jurisprudence du 6 novembre 1962, en reprenant mot pour mot sa motivation de l'époque. C'est pourquoi, les critiques adressées à la décision du 6 novembre 1962 sont valables aussi pour la décision du 23 septembre 1992. Néanmoins la motivation de la décision du 23 septembre 1992 se diffère de celle de 1962, on l'a vu, sur deux points : d'une part le Conseil constitutionnel ne se définit plus comme « *un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* », et d'autre part il ne fait plus référence à l'« *esprit de la Constitution* ».

On peut penser avec le président Dmitri Georges Lavroff que

« cette renonciation à ‘*l'esprit de la Constitution*’ est heureuse car la formule était à la fois trop vague et trop incertaine pour justifier une éventuelle déclaration de non-conformité d'une loi référendaire à la Constitution »⁴⁷.

43. Hamon, Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *op. cit.*, p.399.

44. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.127-128.

45. *Ibid.*, p.128.

46. C.C., n° 92-313 DC 23 septembre 1992, *Rec.*, p.94-95.

47. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.166. Également voir François Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution (quatrième partie) », *Revue du droit public*, 1992, p.1606 : « Il est toujours dangereux de faire appel à l'esprit des textes ».

Cependant comme le montre le doyen Louis Favoreu, le remplacement de la formule de 1962 selon laquelle « *l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'autorité des pouvoirs publics* »⁴⁸ par celle « *l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution* »⁴⁹ a complètement déstabilisé la motivation principale d'incompétence du Conseil constitutionnel⁵⁰. Selon lui,

« on ne voit pas, en effet, ce qui, dans cette nouvelle formule, justifie le fait que le juge constitutionnel refuse de donner à l'article 61, conférant au Conseil constitutionnel mission de vérifier la conformité 'des lois' à la Constitution, un sens non restrictif, englobant lois parlementaires et lois référendaires »⁵¹.

Par conséquent le doyen Favoreu affirme que la formule de remplacement « fait tomber l'un des seuls arguments susceptibles d'étayer la thèse de l'incompétence »⁵². Ainsi Louis Favoreu conclut que « la motivation de l'incompétence du Conseil constitutionnel pour contrôler les lois référendaires est donc aujourd'hui insatisfaisante »⁵³.

* * *

D'ailleurs l'argument du Conseil constitutionnel est contraire au principe selon lequel une loi référendaire peut être modifiée par une loi adoptée par le Parlement⁵⁴. Comme l'affirme Marcel Prélôt,

« le vote par référendum ne donne pas au texte voté un caractère particulier. Une fois adopté, le texte référendaire doit être considéré suivant sa nature comme constitutionnel, légal ou même simplement réglementaire, ce qui aura des conséquences très importantes lorsqu'il s'agira notamment de le modifier ultérieurement »⁵⁵.

Egalement le Conseil constitutionnel lui-même admet que des dispositions d'une loi référendaire peuvent être abrogées par le Parlement. Dans sa décision du 4 juin 1976⁵⁶, le Conseil a jugé conforme à la Constitution le droit de modifier des dispositions organiques contenues dans la loi constitutionnelle référendaire de 1962

48. C.C., n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p.27, 2^e considérant.

49. *Ibid.*

50. Louis Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.746. Egalement Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle (Louis Favoreu et alii), *Chronique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, Annuaire international de justice constitutionnel*, 1992, p.473.

51. Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *op. cit.*, p.746.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. Franck, *op. cit.*, p.282 ; Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.424.

55. Marcel Prélôt, « Sur une interprétation coutumière de l'article 11 », *Le Monde*, 25 mars 1969. Egalement René Capitant, qui défend le caractère incontestable des lois référendaires, admet qu'une loi parlementaire peut modifier une loi référendaire (René Capitant, Intervention à l'Assemblée nationale, à la séance du 3 janvier 1963, *Journal officiel, Débats parlementaires, Assemblée nationale*, 1963, p.294).

56. C.C., décision n°76-65 DC du 14 juin 1976, *Examen de la loi organique modifiant la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, Rec.*, 1976, p.28.

sur élection présidentielle⁵⁷. De même, d'une façon plus significative, dans sa décision du 9 janvier 1990, le Conseil constitutionnel a admis que la loi votée par le Parlement peut abroger les dispositions votées par le peuple par voie de référendum. Il a affirmé que

« le principe de la souveraineté nationale ne fait nullement obstacle à ce que le législateur, statuant dans le domaine de compétence qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution modifie, complète ou abroge des dispositions législatives antérieures ; qu'il importe peu à cet égard que les dispositions modifiées, complétées ou abrogées résultent d'une loi votée par le Parlement ou d'une loi adoptée par voie de référendum »⁵⁸.

Comme le note Olivier Beaud, on peut transposer ce raisonnement pour une loi constitutionnelle⁵⁹. Par conséquent une loi constitutionnelle parlementaire vaut en droit une loi constitutionnelle référendaire. Il y a égalité normative. Parce que le parlement peut abroger une loi constitutionnelle ratifiée par le peuple⁶⁰. Comme le souligne Olivier Beaud, « on devrait logiquement déduire que le peuple ne peut plus être considéré comme étant toujours souverain si sa norme peut être abrogée par un tiers, le Parlement »⁶¹.

* * *

Enfin certains auteurs soulignent le danger qui se cache dans cette jurisprudence. Si l'on admet le caractère incontrôlable des lois référendaires, il faudrait estimer que non seulement la loi *constitutionnelle* référendaire, mais aussi toute loi adoptée par le peuple souverain, pourrait déroger à la Constitution⁶². Selon Olivier Beaud,

« la Constitution serait à la merci de n'importe quelle loi ordinaire dont un gouvernement solliciterait par le peuple. Au lieu d'être stable, elle serait extraordinairement précaire. Inversement : n'importe quelle loi ordinaire pourrait devenir une loi constitutionnelle ; le contenu de la Constitution se réduirait à la disposition prévoyant l'intervention du peuple dans la procédure de révision constitutionnelle... La loi référendaire fait éclater la structure hiérarchique des normes. Si l'on admettait le raisonnement du juge, les motifs du jugement, non seulement la nation de constitution elle-même perdrait toute stabilité et toute garantie, mais encore tout le patient travail de contrôle de constitutionnalité des lois s'effondrerait tel un château de cartes »⁶³.

57. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.426.

58. C.C., décision n° 89-266 DC du 9 janvier 1990, *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, Rec.*, 1990, p.14.

59. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.426.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*

62. *Ibid.* En ce sens voir, Jean-François Prévost, « Le droit référendaire dans l'ordonnement juridique de la Constitution de 1958 », *Revue du droit public*, 1977, p.13 : « La structuration de la hiérarchie normative reste sans effet sur la loi référendaire... On peut dire, sans vouloir se prononcer sur la 'violation' de la Constitution, que la loi référendaire 'ignore plutôt' cette Constitution ; elle déconstitutionnalise la Constitution ».

63. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.426.

En effet, la motivation principale développée par la haute juridiction dans sa jurisprudence du 6 novembre 1962 consiste à dire que, d'une part, le Conseil constitutionnel est « *un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* », et que, d'autre part, le peuple statuant par référendum ne peut pas être qualifié de « pouvoir public ». En d'autres termes, selon le Conseil constitutionnel, le peuple statuant par référendum n'est pas un « pouvoir public », c'est-à-dire un « pouvoir constitué », mais un « pouvoir constituant ».

La plupart des auteurs approuvent cette affirmation. Par exemple pour Léo Hamon,

« le corps électoral ne peut constituer que l'instance la plus haute, celle dont la décision s'impose nécessairement aux autres instances qui, si élevées soient-elles, sont au-dessous de la Nation, comme le délégataire reste subordonné aux déléguants »⁶⁴.

Un autre auteur, François Luchaire, qui critique d'ailleurs d'autres arguments d'incompétence du Conseil constitutionnel, approuve aussi cette affirmation. Selon lui,

« il y a entre le peuple et ses représentants la différence très classique entre pouvoir instituant et pouvoir institué ; le premier confère les compétences, le second les reçoit ; seul celui-ci peut-être limité ; celui-là dispose au contraire d'un pouvoir illimité et sans contrôle ; tout ceci est une manière un peu théorique de dire que lorsque le peuple a décidé, les organes de l'Etat doivent s'incliner ; c'est cela démocratie »⁶⁵.

Par contre certains auteurs désapprouvent cette opinion. Par exemple selon Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper, l'argument de l'intervention du peuple souverain invoque la théorie du pouvoir constituant originaire et lui donne « une saveur démocratique extrêmement séduisante »⁶⁶. D'après eux, politiquement ce procédé a été efficace, mais « cela ne veut pas dire que juridiquement il pouvait être considéré comme fondé »⁶⁷. Et les auteurs poursuivent :

« La théorie du pouvoir constituant originaire s'applique... dans une conjoncture très nettement définie : elle suppose qu'il n'y a pas de constitution. soit parce qu'il n'y en a jamais eu (Etat neuf), soit parce que celle qui existait a été abolie par une révolution. Dans ces hypothèses, le peuple exerce librement son pouvoir constituant. mais au mois d'octobre 1962, il existait une constitution. Si le peuple avait entendu s'en affranchir, il le pouvait certes, mais alors il aurait accompli une révolution. Ne l'ayant pas faite, on doit admettre qu'il renonçait à exercer son pouvoir constituant autrement que selon les voies qu'il avait lui-même tracées en adoptant la constitution de 1958 »⁶⁸.

D'autre part, Gérard Conac aussi souligne que

« lorsqu'il intervient en application d'une disposition précise de la Constitution, le corps électoral agit en tant que pouvoir institué et non pas à titre de pouvoir originaire, comme c'est le cas dans les périodes de vide constitutionnel ou de crise révolutionnaire »⁶⁹.

64. Hamon, Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *op. cit.*, p.399.

65. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.129.

66. Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.441.

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*

69. Conac, « Article 11 », *op. cit.*, p.439.

Ainsi Gérard Conac conclut que

« lorsque le peuple est saisi au titre de l'article 11..., il n'intervient pas en tant que juge constitutionnel ni à titre de constituant originaire. Il se prononce en tant que législateur sur l'opportunité d'un projet important pour l'avenir de l'Etat »⁷⁰.

Le même argument a été également invoqué par Jean-Claude Escarras dans la *X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence* des 16 et 17 septembre 1994. A propos du refus du Conseil constitutionnel de contrôler les lois référendaires, il affirme que

« si politiquement on peut aisément concevoir une telle attitude, il faut bien reconnaître, en revanche, que 'juridiquement, cela ne tient pas'. En effet, lorsque le peuple intervient au titre de l'article 11 de la Constitution de 1958, il intervient en tant que pouvoir institué et non pas en tant que pouvoir instituant »⁷¹.

D'autre part, à cet égard, on peut souligner que l'article 11, alinéa 2, prévoit que « lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le Président de la République le promulgue dans le délai prévu à l'article précédent ». Ainsi le constituant n'a pas prévu la mise en vigueur de la loi référendaire dès la proclamation des résultats, mais l'a subordonnée à la promulgation du président de la République dans les mêmes conditions que la loi ordinaire. Selon Gérard Conac,

« il y a là un argument pour ceux qui considèrent que lorsque le corps électoral se prononce au titre de l'article 11, il est dans une situation comparable à celle du parlement. Il exerce une compétence en tant que pouvoir institué. Il n'a pas la souveraineté du pouvoir originaire.

De même on peut tirer argument de l'existence d'un délai entre la proclamation et la promulgation de la loi référendaire pour considérer que le constituant n'a pas voulu exclure l'éventualité d'un contrôle du Conseil constitutionnel sur les projets de lois adoptés par référendum et que si ce délai est prévu, c'était pour permettre au contraire un tel contrôle, dans les mêmes conditions, que pour les projets de lois adoptés par le parlement »⁷².

Ainsi on distingue deux qualités du peuple : peuple en tant que pouvoir originaire et peuple en tant que pouvoir institué. Dans le premier cas, le peuple est souverain, par conséquent sa volonté ne peut être contrôlée par le Conseil constitutionnel. Mais dans sa deuxième qualité, le peuple est un organe constitué, par conséquent sa volonté peut être contrôlée par le Conseil constitutionnel.

Par contre Louis Favoreu et Loïc Philip sont plus réticents devant cette distinction entre les qualités du peuple. Selon eux, si théoriquement la dissociation entre les deux qualités du peuple « est concevable, pratiquement, elle est plus difficile à réaliser et la présente espèce [référendum du 28 octobre 1962] en est une

70. *Ibid.*

71. Jean-Claude Escarras, Intervention à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, sur « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle ». (Compte rendu de cette table-ronde réalisé par Thierry Di Manno, Ferdinand Mélin-Soucramanien et Joseph Pini, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 19, 1994, p.660).

72. Conac, « Article 11 », *op. cit.*, p.457.

illustration, car, en modifiant le mode d'élection du Président de la République, le peuple agit-il comme pouvoir constitué ou comme pouvoir constituant »⁷³ ?

* * *

A notre avis, il y a ici en effet un problème théorique que nous avons précédemment examiné. Dans le titre préliminaire, nous avons vu que le pouvoir de révision constitutionnelle est un pouvoir limité⁷⁴. Egalement nous avons discuté spécialement la question de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle est limité au cas où il est exercé directement par le peuple⁷⁵. Sans entrer à nouveau dans cette question, rappelons notre conclusion : le pouvoir de révision constitutionnelle est limité, même s'il est exercé directement par le peuple statuant par référendum, car dans la procédure de révision constitutionnelle, le peuple intervient en tant que pouvoir constitué et non pas en tant que pouvoir constituant originaire.

* * *

Cependant, cette conclusion n'est pas retenue par le Conseil constitutionnel français. Dans sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois « adoptées par le peuple à la suite d'un référendum ». Parce que, selon le Conseil, d'une part, il est « un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics » et que, d'autre part, le « peuple » statuant par référendum ne peut pas être qualifié de « pouvoir public ». Cette jurisprudence a été confirmée aussi par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 septembre 1992.

Comme nous venons de le montrer, cette jurisprudence du Conseil constitutionnel est critiquable. Cependant, du point de vue du droit positif une seule conclusion s'impose : *en France, les lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum ne sont pas soumises au contrôle du Conseil constitutionnel*. En d'autres termes, en France, si le pouvoir de révision constitutionnelle est exercé directement par le peuple, statuant par le référendum, il est illimité, même si l'intervention du peuple est réalisée dans le cadre prévu par la Constitution. Par conséquent les limites à la révision constitutionnelle ne s'imposent pas aux lois constitutionnelles adoptées par le référendum, car ces lois sont incontrôlables.

3. Appréciation de la question

A notre avis, à propos de la question de savoir si le Conseil constitutionnel a compétence de contrôler les lois référendaires, il faut rechercher la réponse authentique.

D'abord rappelons l'article 61 de la Constitution de 1958 qui détermine les textes soumis au contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel :

73. Favoreu et Philip, *op. cit.*, 6^e éd., p.182.

74. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

75. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 2, § 2. (*Supra*, p.107-111).

Article 61. – Les lois organiques avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Comme on le voit, le Conseil constitutionnel est compétent à l'égard des « lois organiques », des « règlements des assemblées parlementaires » et des « lois ». Cependant dans l'article, ni les « lois constitutionnelles », ni les « lois référendaires » ne sont mentionnées. La question qui se pose au Conseil constitutionnel consiste en celle de savoir les « lois » que l'article 61 alinéa 2 visent englobent ou non les « lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum ». Autrement dit, les lois constitutionnelles adoptées à la suite d'un référendum sont-elles des « lois » au sens de l'article 61, al.2, de la Constitution de 1958 ?

Alors pour pouvoir répondre à la question de savoir si les lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, il faut d'abord répondre à la question de savoir si le mot « lois » utilisé dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution de 1958 englobe non seulement les « lois ordinaires » mais aussi les « lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum ».

Cette question pose un problème d'*interprétation*, car pour y répondre, il faut d'abord interpréter le mot « lois » utilisé dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution de 1958 qui détermine la compétence du Conseil constitutionnel. Sans doute, chacun peut interpréter ce mot, comme il l'entend. En effet, comme nous venons de le voir, le président du Sénat, auteur de la saisine, et les différents constitutionnalistes interprètent le mot « lois » différemment. Pour les uns, ce mot englobe les lois référendaires, pour d'autres, il ne les englobe pas.

En droit, seulement l'une de ces interprétations peut être valable ; les autres ne sont que des opinions personnelles. Il faut donc déterminer authentique, c'est-à-dire celle qui ne peut être juridiquement contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques. Déterminons alors l'interprétation authentique du mot « lois », utilisé dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution de 1958, et pour lesquelles le Conseil constitutionnel est compétent. Dans le système de la Constitution française de 1958, l'interprétation donnée à la Constitution par le Conseil constitutionnel est authentique, car, « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (art.62, al.2 de la Constitution de 1958). En d'autres termes, nul ne pourrait contester juridiquement à l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel à une disposition de la Constitution, parce que, d'une part, il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait la confronter, d'autre part, parce qu'elle n'est pas annulable et produit des effets juridiques quel que soit son contenu.

Et, comme on l'a vu, le Conseil constitutionnel français a interprété le mot « lois » utilisée dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution de 1958, comme

excluant les lois référendaires. Il a dit clairement que « les *lois* que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles... adoptées par le peuple à la suite d'un référendum »⁷⁶.

Il nous reste donc conclure que, selon l'interprétation authentique du Conseil constitutionnel, le mot « lois » mentionné dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution de 1958 *n'englobe pas* les lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum. Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour contrôler les lois constitutionnelles référendaires.

Alors, à propos de la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, une seule conclusion s'impose : ces lois ne peuvent pas être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

* * *

Ainsi nous venons de voir la réglementation constitutionnelle et la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum. Maintenant nous allons essayer de faire une appréciation générale de la problématique.

Comme nous l'avons vu au début de cette section, la Constitution française ne contient aucune disposition expresse sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par conséquent, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans le cas de la France doit être analysé comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé*.

Comme nous l'avons vu dans le cadre théorique⁷⁷, dans un tel système, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible sous deux conditions. *Premièrement*, il faut qu'il y ait dans le système un organe compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois, et *deuxièmement*, que cet organe se soit déjà déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

La première condition est nécessaire, car, puisque la solution du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'existe pas dans les *textes positifs*, cette solution ne peut se trouver que dans la *jurisprudence constitutionnelle*. Mais pour qu'il y ait une jurisprudence constitutionnelle, il faut qu'il existe avant tout un organe chargé du contrôle de la constitutionnalité. En d'autres termes, il faut qu'il y ait, dans le système, un organe compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

La première condition est nécessaire, mais non suffisante. Car, pour que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles soit possible, il faut que

76. C.C., n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p.27, considérant 2.

77. Ce titre, Chapitre 1, § 2.

cet organe se soit déjà déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. C'est la deuxième condition. En effet si l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, du point de vue du droit positif, il faut admettre que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Car, de ce point de vue, la jurisprudence de cet organe est incontestable. En d'autres termes, la décision de cet organe constitue la solution authentique du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Nous avons vérifié ces deux conditions dans le cas de la France.

En France, sous la V^e République, il y a justement un Conseil constitutionnel chargé de contrôler la constitutionnalité des lois⁷⁸. Par conséquent, la première condition est remplie.

Deuxièmement, nous avons montré que le Conseil constitutionnel français s'est déclaré *incompétent* pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum. C'est-à-dire que la deuxième condition n'est pas remplie. Par conséquent, en France le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum est *impossible*.

Cependant comme nous l'avons vu dans la première partie⁷⁹, la Constitution française de 1958 prévoit des limites de temps et une limite de fond à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Puisque le Conseil constitutionnel ne peut pas vérifier la conformité des révisions constitutionnelles adoptées par voie de référendum à ces limites, il est possible qu'une telle loi constitutionnelle soit contraire à ces limites. et si cette éventualité s'est réalisée, cette loi sera en vigueur, car elle ne peut pas être invalidée. Ainsi, en France, une loi constitutionnelle adoptée par voie de référendum qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle peut être en vigueur. Car, comme on l'a déjà indiqué, tant qu'une loi n'est pas abrogée ou annulée par un organe compétent ; elle sera toujours en vigueur, et par conséquent valable⁸⁰. Et exactement en France, puisque le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum a été exclu par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une loi constitutionnelle adoptée par voie de référendum et qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle sera toujours en vigueur, même si elle est contraire à ces limites selon les vues de X ou de Y⁸¹.

C'est pourquoi, il faut discuter ici de *deux questions suivantes*.

a) Le fondement de la validité des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle en l'absence du contrôle de la constitutionnali-

78. Article 61 de la Constitution de 1958.

79. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

80. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.360.

81. Par analogie à l'argumentation développée par Kelsen (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.360).

té. – Comme nous l'avons expliqué, en France, puisque le Conseil constitutionnel s'est déjà déclaré incompétent pour se prononcer sur la validité des lois référendaires, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum est impossible. Alors, une loi constitutionnelle adoptée par voie de référendum pourrait être valable, même si elle est effectivement contraire aux dispositions de la Constitution qui lui imposent des limites. Il faut donc expliquer le fondement de la validité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum et qui sont contraires aux limites à la révision constitutionnelle, et cependant qui sont en vigueur.

Dans le système de la Constitution française de 1958, on pourrait penser qu'une loi constitutionnelle contraire à ses limites trouve *son fondement de validité dans la Constitution elle-même*, c'est-à-dire, dans la volonté du pouvoir constituant originaire de 1958. En effet, puisque la Constitution de 1958 n'a pas prévu dans son article 61 le contrôle de la constitutionnalité des «lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum»⁸², on pourrait conclure que la Constitution elle-même accepte la validité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum et contraires aux limites à la révision constitutionnelle. Parce que le pouvoir constituant originaire de 1958 avait eu la possibilité de prévoir le conflit entre une loi de révision constitutionnelle adoptée par voie de référendum et les dispositions de la Constitution qui lui imposent des limites, ainsi que la possibilité d'habiliter le Conseil constitutionnel à le résoudre. Puisqu'il ne l'a pas fait, on peut en déduire que le pouvoir constituant originaire de 1958 lui-même n'a pas voulu que le pouvoir de révision constitutionnelle exercé par le peuple à la suite d'un référendum soit limité. En d'autres termes, en ne pas organisant le contrôle des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum, le pouvoir constituant originaire de 1958 a permis implicitement l'édiction des lois constitutionnelles référendaires qui seraient contraires aux limites à la révision constitutionnelle. C'est-à-dire que le pouvoir constituant originaire de 1958, d'une part, a habilité le pouvoir de révision constitutionnelle exercé par le peuple à édicter des lois constitutionnelles, mais, d'autre part, il n'a pas prévu une sanction pour cette habilitation. Alors « accorder une telle habilitation non sanctionnée, c'est donner par là même l'habilitation de la transgresser »⁸³.

Alors dans le système français, il faut conclure que les lois constitutionnelles référendaires peuvent voir le jour d'autre façon que celle que détermine directement la constitution, d'une façon que le pouvoir de révision constitutionnelle détermine lui-même. En d'autres termes, la Constitution donne au pouvoir de révision constitutionnelle la possibilité de réviser la Constitution, soit par la procédure déterminée directement par les normes de la Constitution, soit par quelque autre procédure, et la possibilité de donner à ces révisions constitutionnelles soit un contenu conforme aux normes de la constitution qui leur imposent des limites, soit un contenu autre. Les normes directes de la Constitution sur la procédure de la

82. Comme on l'a vu, selon l'interprétation authentique du Conseil constitutionnel, le mot « lois » mentionné dans l'article 61, alinéa 2, n'englobe pas les « lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum ».

83. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.17.

révision constitutionnelle (art.89, al.1, 2 et 3) et sur le contenu des lois constitutionnelles (art.89, al.5) ne représentent plus alors que l'une des possibilités créées par la Constitution. La Constitution de 1958 crée elle-même cette possibilité par le fait qu'elle ne laisse à aucun autre organe que le pouvoir de révision constitutionnelle la faculté de décider si les normes édictées par lui en tant que lois constitutionnelles référendaires sont bien des lois de révision constitutionnelle au sens de la Constitution. Les dispositions de la constitution qui règlent leur création (art.89, al.1, 2 et 3) et en particuliers les dispositions qui leur imposent des limites (art.7 *in fine*, 89, al.4 et 5) ont alors le caractère de dispositions simplement alternatives. La Constitution contient tout à la fois un règlement direct et un règlement indirect de la révision constitutionnelle ; et le pouvoir de révision constitutionnelle exercé par le peuple a le choix entre les deux. De même, le pouvoir de révision constitutionnelle exercé par le peuple a le choix entre se conformer ou ne pas se conformer aux limites à la révision constitutionnelle. Puisque le Conseil constitutionnel s'est déjà déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, on ne saurait arriver à une conclusion différente⁸⁴.

* * *

C'est une façon d'expliquer le fondement de la validité des lois constitutionnelles référendaires et contraires aux limites à la révision constitutionnelle. Cependant nous pensons qu'il n'y a qu'ici un faux problème. A vrai dire, nous n'avons pas besoin d'expliquer le fondement de la validité de lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum et contraires aux dispositions de la Constitution qui règlent leur création et en particulier aux dispositions qui leur imposent des limites. Parce qu'il n'y a ici qu'un conflit *apparent* entre les lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum et ces dispositions, et non pas *juridique*. En d'autres termes, puisqu'en France, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum est impossible, c'est-à-dire que le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum, cette contradiction ne sera jamais constatée dans l'ordre juridique. Chacun peut exprimer une opinion sur la conformité d'une loi de révision constitutionnelle aux dispositions de la Constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui imposent des limites, pourtant personne n'a reçu compétence pour se prononcer sur la validité d'une telle loi. Autrement dit, il est impossible d'élever cette contradiction au niveau juridique. Alors en France, puisque le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum, on ne peut pas parler de la conformité ou de la non-conformité d'une loi constitutionnelle adoptée par voie de référendum aux limites à la révision constitutionnelle.

b) La signification des limites à la révision constitutionnelle en l'absence du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. – Comme on l'a vu, dans le système de la Constitution française de 1958, le contrôle de la constitution-

84. Ce paragraphe est l'application de l'argumentation de Kelsen à notre problème (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.362-363).

nalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum est impossible. Par conséquent, une loi constitutionnelle qui a été adoptée par cette procédure et qui est contraire aux limites à la révision constitutionnelle pourrait être valable. En d'autres termes, les limites à la révision constitutionnelle ne sont pas sanctionnées par le Conseil constitutionnel. Dans ce cas, les questions suivantes se posent inévitablement : que signifie donc cette absence de sanction ? L'affirmation du principe de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle est-elle purement théorique ? Les limites prévues à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle sont-elles privées de toute force obligatoire ? Bref, en France, quelle est la signification des limites à la révision constitutionnelle fixées par la Constitution de 1958 ?

Rappelons d'abord la signification de telles limites dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Dans un tel système, les limites à la révision constitutionnelle sont adressées d'abord au pouvoir de révision constitutionnelle et ensuite et définitivement à l'organe qui a été habilité à se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles. Si le pouvoir de révision constitutionnelle ne respecte pas ces limites, à vrai dire si l'on veut contester l'interprétation donnée à ces limites par le pouvoir de révision constitutionnelle, on peut saisir cet organe compétent pour se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle. Dans ce cas, cet organe examinera la question de savoir si la loi de révision constitutionnelle en question est conforme ou contraire aux limites à la révision constitutionnelle. S'il estime qu'elle est contraire à ces limites, il peut l'invalidier. Et la décision de cet organe est juridiquement incontestable. Ainsi, les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées en dernière analyse selon l'interprétation authentique de l'organe habilité à se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle.

Par contre, puisque le Conseil constitutionnel français s'est déjà déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, il faut conclure que les limites à la révision constitutionnelle (art.7 *in fine*, 89, al.4 et 5), sont adressées *uniquement* au corps électoral en tant que pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi, le corps électoral ne doit pas adopter une loi constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle fixées par la Constitution de 1958⁸⁵. Mais, puisque le Conseil constitutionnel est incompétent pour examiner la conformité des lois constitutionnelles référendaires à ces limites, c'est au corps électoral et à lui seul qu'appartient le pouvoir d'apprécier si le texte qui lui a été présenté est conforme ou contraire à ces dispositions⁸⁶. Si le corps électoral, en tant que pouvoir de révision constitutionnelle, accepte de le voter, ceci signifie qu'il interprète que le projet de révision en question n'est pas contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Il faut alors conclure que, dans cette hypothèse, les limites à la révision constitutionnelle fixées par la Constitution de 1958 (art.7 *in fine*, 89, al.4 et 5) sont sanctionnées par l'interprétation donnée par le corps électoral.

85. Cf. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op. cit.*, p.141.

86. Cf. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.603.

Par conséquent, dans le système de la Constitution française de 1958, puisque le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum est impossible, toutes les lois constitutionnelles adoptées par cette voie sont toujours conformes aux limites à la révision constitutionnelle. Car si ces lois constitutionnelles n'étaient pas conformes à ces dispositions, le corps électoral statuant par référendum, organe de révision constitutionnelle, aurait dû refuser de les voter. Alors dans une telle hypothèse, les lois adoptées par le corps électoral à la suite d'un référendum comme lois constitutionnelles sont toujours conformes aux limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution de 1958 (art.7 *in fine*, 89, al.4 et 5) selon l'interprétation du corps électoral, organe de révision constitutionnelle⁸⁷. Alors, dans le système de la Constitution française de 1958, les limites à la révision constitutionnelle sont sanctionnées par l'interprétation authentique du corps électoral statuant par référendum.

Sans doute on peut critiquer cette solution en disant que la sanction par l'interprétation du corps électoral, en tant que pouvoir de révision constitutionnelle, n'est pas une vraie sanction. En effet, ces limites s'imposent au pouvoir de révision constitutionnelle, en l'espèce le corps électoral, autrement dit c'est lui qui est le sujet à limiter, cependant, dans cette solution, c'est à lui qui revient la compétence de déterminer le sens de ces limites. Ainsi, on voit mal comment un sujet serait limité par les dispositions dont le sens est déterminé par lui-même.

A notre avis, cette critique n'a pas de sens juridique, car comme nous l'avons expliqué plus haut⁸⁸, on peut donner plusieurs réponses à la question de savoir si une loi constitutionnelle est conforme ou contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Ainsi une loi constitutionnelle peut être conforme à ces dispositions selon X, mais contraire selon Y. Seule la réponse de l'organe compétent est authentique. Les autres ne sont que des opinions subjectives.

En conclusion, dans le système de la Constitution française de 1958, puisque le Conseil constitutionnel s'est déjà déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par voie de référendum, seule le corps électoral, en tant qu'organe de révision constitutionnelle, est compétent pour se prononcer sur la conformité des ces lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. Il faut alors accepter comme valables toutes les lois constitutionnelles adoptées par le corps électoral à la suite d'un référendum, même si elles sont contraires aux limites à la révision constitutionnelle fixées par la Constitution de 1958 (art.7 *in fine*, 89, al.4 et 5), selon les vues de X ou de Y.

* * *

87. Hans Kelsen affirme la même chose en ce qui concerne les lois ordinaires lorsque la constitution refuse expressément aux organes de l'application des lois le pouvoir de contrôler la constitutionnalité de ces lois. Selon lui, dans une telle hypothèse, « seul l'organe de législation a le pouvoir de décider lui-même si la loi qu'il a adoptée est constitutionnelle, c'est-à-dire si tant la procédure suivant laquelle il l'a adoptée que le contenu qu'il lui a donné sont conformes à la Constitution... Ceci signifie que tout ce que cet organe de la législation édicte comme loi doit être considérée comme loi au sens de la Constitution » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.362).

88. Ce titre, Chapitre 1.

Ainsi nous venons d'examiner la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum. Maintenant nous allons voir la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement.

B. LA QUESTION DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES VOTEES PAR LE CONGRES DU PARLEMENT

Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement ? La jurisprudence du 6 novembre 1962 ne s'y oppose pas, dans la mesure où il ne s'agit pas là de l'expression directe de la souveraineté nationale par le peuple⁸⁹. La réponse à cette question n'est pas claire en l'état actuel de la jurisprudence. Depuis 1958, sept révisions constitutionnelles ont eu lieu par la voie du Congrès. Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi jusqu'ici à l'encontre d'une loi constitutionnelle votée par le Congrès du Parlement. Par conséquent le Conseil constitutionnel n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur sa compétence à l'égard des lois constitutionnelles. Cependant certains auteurs trouvent quelques éléments de réponse à cette question dans la décision du 2 septembre 1992.

* * *

Avant de passer à l'examen de cette décision, il convient de voir brièvement le *débat doctrinal sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement*.

Avant la décision du 2 septembre 1992, comme l'observe le président Dmitri Georges Lavroff, la question du contrôle éventuel des lois constitutionnelles par le Conseil constitutionnel « a longtemps été considérée comme ne se posant pas »⁹⁰. C'est pourquoi, il y a en effet peu d'auteurs⁹¹ qui ont discuté de ce problème sur le plan théorique. Mais mêmes ces auteurs l'ont abordé d'une façon assez laconique.

1. La thèse selon laquelle les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement ne peuvent pas être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel a été généralement défendue au nom du principe de la souveraineté du pouvoir consti-

89. Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.187.

90. Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.166. Egalement, à propos de la question de savoir si les pouvoir constituant peut être limité et contrôlé, le professeur Louis Favoreu note que « la doctrine française de droit constitutionnel n'avait jusque-là, jamais envisagé qu'elle pût être posée tant il paraissait sacrilège d'en évoquer même l'éventualité. Ce qui est couramment débattu en Allemagne, Autriche, Espagne ou Portugal est un sujet tabou en France » (Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.735).

91. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.125 ; Turpin, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.97 ; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 2^e éd. p.173-174.

tuant⁹². Cette thèse a été clairement affirmée avant la décision du 2 septembre 1992 par le président Dmitri Georges Lavroff. Il remarque que

« le Conseil constitutionnel a reçu compétence pour juger de la conformité des lois à la Constitution et non pas pour contrôler l'exercice par l'organe constituant de sa compétence pour modifier la Constitution. Admettre un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès serait dénaturer le rôle du Conseil constitutionnel et en faire un organe chargé de défendre la Constitution contre le constituant lui-même. Cela serait absurde et dangereux »⁹³.

2. François Luchaire, dans son ouvrage sur le *Conseil constitutionnel*, paru en 1980, a soutenu que les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel. Le professeur Luchaire fonde la compétence du Conseil constitutionnel à l'égard des lois constitutionnelles sur l'article 61, alinéa 2, de la Constitution. Selon lui, les « lois » pour lesquelles le Conseil constitutionnel est compétent englobent non seulement les lois ordinaires, mais aussi les lois constitutionnelles. Car,

« le mot loi comprend parfaitement la loi constitutionnelle ; il suffit de regarder la formule finale (et de promulgation de la Constitution pour s'en rendre compte : 'la présente loi sera exécutée comme Constitution de la République et de la Communauté' ; la Constitution elle-même est donc appelée loi ; le fait que l'alinéa 1 de l'article 61 vise spécialement la loi organique signifie simplement que l'alinéa 2 vise toutes les lois sauf les lois organiques »⁹⁴.

Le même argument a été également avancé par Dominique Turpin⁹⁵ et Dominique Rousseau⁹⁶ en faveur de la possibilité d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement.

Dominique Rousseau défendait également la possibilité du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles d'une façon générale. Le professeur Rousseau, en distinguant le pouvoir constituant institué du pouvoir constituant originaire, affirmait que

« réviser la Constitution est le travail d'un pouvoir institué qui a reçu cette compétence du pouvoir constituant originaire. Le premier est donc subordonné au second ; son exercice n'est pas libre mais conditionné par les différentes règles de forme et de fond posées par le constituant originaire pour la révision de la Constitution ; il peut dès lors être contrôlé. A la différence du constituant originaire, le constituant dérivé est un pouvoir public, et le Conseil s'est défini lui-même comme 'l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics' ; il est donc fondé à intervenir, pour vérifier que les auteurs des lois

92. En effet les défenseurs de cette thèse, soit, affirment la permanence d'un pouvoir constituant originaire, soit nient le caractère limité du pouvoir constituant *dérivé*.

93. Lavroff, *Le système politique français*, *op. cit.*, p.127. Notons qu'après la décision du 3 septembre 1992, le président Lavroff a une position plus nuancée sur la question. Voir Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p.166-168.

94. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.125.

95. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.97.

96. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 2^e éd. p.173-174.

constitutionnelles n'ont pas dépassé les compétences que la Constitution leur a attribuées »⁹⁷.

Enfin Louis Favoreu et Loïc Philip se posaient très clairement cette question : le Conseil constitutionnel accepterait-il « de vérifier la conformité à la Constitution de la loi constitutionnelle votée par le Congrès sur la base de l'article 61, al. 2 »⁹⁸? Tout en notant que « la réponse à cette question n'est pas claire à l'état actuel de la jurisprudence »⁹⁹, les auteurs affirmaient que l'

« on voit mal, de toute façon, comment le Conseil constitutionnel pourrait refuser un contrôle minimum, celui de l'existence même de la loi constitutionnelle ; car si, par exemple, les conditions de majorité ne sont pas réunies, y aurait-il loi constitutionnelle »¹⁰⁰ ?

Dans la doctrine française du droit constitutionnel, c'est sûrement Olivier Beaud qui affirme d'une façon la plus systématique le caractère contrôlable des lois de révision constitutionnelle. Le professeur Beaud, par opposition à l'acte constituant qui est incontestable, défend l'idée que l'acte de révision constitutionnelle est juridiquement contestable¹⁰¹. Selon lui,

« subordonné en raison de sa nature constituée, l'acte de révision peut faire l'objet d'un contrôle par une autorité tierce. La contestation va fournir le moyen juridique d'assurer la garantie de sa subordination en permettant 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 infraconstituante »¹⁰².

De la distinction entre l'acte constituant et l'acte de révision, le professeur Olivier Beaud déduit que

« la loi constitutionnelle de révision (l'acte de révision) est juridiquement *contestable* parce qu'elle n'émane pas d'un pouvoir souverain... On sait en effet, dit-il, qu'en droit la suprématie de la constitution par rapport à la loi de révision n'a de sens que si elle est garantie par le *contrôle de la 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 constitutionnelle 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 constitutionnalité à l'acte de révision s'impose pour lutter contre

97. *Ibid.*, p.174.

98. Favoreu et Philip, *op. cit.*, 6^e éd., p.183.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*

101. Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.131. Le professeur Beaud se fonde sur sa distinction entre l'acte constituant et l'acte de révision. Rappelons que, dans sa théorie, l'acte qui édicte la constitution s'appelle *l'acte constituant* et l'acte qui révisé la constitution *l'acte de révision* de même que l'autorité qui prend le premier se nomme le « pouvoir constituant » tout court (à la place du pouvoir constituant originaire) et le second le pouvoir de révision (à la place du pouvoir constituant dérivé) (*Ibid.*, p.131).

102. *Ibid.*, p.356.

la potentielle souveraineté de pouvoir de révision qui menace la souveraineté constituante »¹⁰³.

* * *

Après avoir ainsi vu le débat doctrinal sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, voyons maintenant la décision du Conseil constitutionnel du 2 septembre 1992.

1. La décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*¹⁰⁴

Le Conseil constitutionnel a été saisi par 70 sénateurs le 14 août 1992, en application de l'article 54 de la Constitution, à l'effet de « se prononcer sur la conformité du traité de Maastricht à la Constitution ».

Il convient d'abord de remarquer que cette décision porte sur la conformité d'un traité à la Constitution et non pas sur la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle, ainsi que le Conseil constitutionnel a été saisi sur la base de l'article 54 et non de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution.

Les sénateurs saisissants ont posé au Conseil constitutionnel, dans leur requête, « une question qui n'avait pas place dans la saisine »¹⁰⁵. Ils lui ont demandé

« jusqu'où peuvent aller des révisions constitutionnelles entérinant des atteintes successives aux 'conditions essentielles d'exercice de souveraineté'. Quel est le seuil au-delà duquel les transferts dits de 'compétence' touchant ou ne touchant pas à ces conditions essentielles et consentis pour favoriser la construction européenne conduiront à changer la nature de l'Etat »¹⁰⁶ ?

Les auteurs de la saisine mettaient ainsi en cause la validité de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992¹⁰⁷.

Le Conseil constitutionnel ne pouvait pas répondre à cette question, car elle n'avait rien à voir avec le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux. Alors le Conseil constitutionnel a écarté cette argumentation des requérants dans le considérant 45 :

« L'article 54 de la Constitution... donne uniquement compétence au Conseil constitutionnel pour contrôler si un engagement international déterminé soumis à son examen comporte ou non une clause contraire à la Constitution ; ... la question posée par les auteurs de la saisine ne vise nullement le point de savoir si le traité sur l'Union européenne

103. Olivier Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *Les Petites affiches*, 2 avril 1993, n° 40, p.7. Voir également Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.386.

104. C.C. décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)*, *Rec.*, 1992, p.76-84.

105. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p.1590.

106. Saisine du Conseil constitutionnel en date du 14 août 1992, présentée par plus de soixante sénateurs, en application de l'article 54 de la Constitution et visé dans la décision n°92-312 (traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht, le 7 février 1992, paragraphe n° XXIII (*Journal officiel*, 3 septembre 1992, p.12107).

107. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p.1590.

comporte une stipulation qui serait contraire à la Constitution ; ... l'argumentation en cause est par suite inopérante »¹⁰⁸.

D'autre part, les sénateurs requérants critiquent la révision constitutionnelle opérée par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992. Selon eux, cette révision constitutionnelle aurait à tort négligé de modifier les articles 3, 29, 24 et 34 de la Constitution. Ainsi, comme le constate Bruno Genevois, « il était reproché au constituant de ne pas avoir révisé la Constitution de manière appropriée »¹⁰⁹. En effet les auteurs de la saisine « soutenaient que la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 n'avait pas su remédier aux contrariétés à la Constitution relevées par la décision du 6 avril 1992. Plutôt que d'ajouter les articles 88-1, 88-2, 88-3 et 88-4 au texte constitutionnel, le constituant aurait dû modifier directement les articles 3, 20, 27 et 34 de la Constitution¹¹⁰.

a) Le Conseil constitutionnel a rejeté cette argumentation d'une façon très claire. Le Conseil, au 19^e considérant, affirmant que « *le pouvoir constituant est souverain* », en déduit qu'

« il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi, rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »¹¹¹.

Le caractère souverain du pouvoir constituant est affirmé à plusieurs reprises dans la décision.

Au 34^e considérant, le Conseil constitutionnel a réaffirmé que

« 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 »¹¹².

Au 40^e considérant, en ce qui concerne le moyen tiré de « l'absence de modification expresse des articles 3 et 34 de la Constitution », la haute juridiction a souligné que

108. C.C. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Rec.*, p.85 (45^e considérant).

109. Bruno Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.944, voir également p.946 : « En d'autres termes, il était fait grief au constituant d'avoir procédé à une révision inappropriée et même contradictoire ». Voir encore Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.737 : « Les constituants auraient dû modifier le texte des dispositions auxquelles il était dérogé et d'une manière plus générale, assurer la cohérence de l'ensemble de la Constitution » ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd. p.823 et 824 ; Louis Favoreu, « Constitution révisée ou Constitution *bis* », *Le Figaro*, 21 avril 1992 (reproduit in *La Constitution et l'Europe*, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Paris, Montchrestien, 1992, p.355-356) ; Dominique Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *Revue du droit public*, 1993, p.17 ; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 3^e éd., p.184.

110. *Ibid.*

111. C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Rec.*, p.80 (19^e considérant).

112. C.C. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Rec.*, p.82 (34^e considérant).

« ressortit exclusivement au pouvoir d'appréciation du constituant les choix consistant à ajouter à la Constitution une disposition nouvelle plutôt que d'apporter des modifications ou compléments à un ou plusieurs articles »¹¹³.

Egalement, au 43^e considérant, le Conseil a parlé du « pouvoir souverain d'appréciation du constituant »¹¹⁴.

Alors on peut conclure que le Conseil constitutionnel affirme le caractère souverain de pouvoir constituant.

b) Mais tout en soulignant que « le pouvoir constituant est souverain », le Conseil constitutionnel a cependant rappelé les limites que la Constitution elle-même impose à l'exercice du pouvoir constituant :

« *Sous réserve*, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16, et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respecte des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles 'la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision', le pouvoir constituant est souverain... »¹¹⁵.

Egalement le Conseil constitutionnel a réaffirmé, au considérant 34, que le pouvoir constituant est souverain « dans les limites précédemment indiquées ».

Le Conseil constitutionnel a mentionné d'abord les *limites de temps* à la révision constitutionnelle. La révision de la Constitution est interdite pendant certaines périodes : l'intérim de la présidence de la République (art.7)¹¹⁶, l'atteinte à l'intégrité du territoire (art.89, al.4)¹¹⁷ et l'application de l'article 16¹¹⁸. En second lieu, le Conseil a rappelé la *limite de fond* à la révision constitutionnelle prévue par l'alinéa 5 de l'article 89 : « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision »¹¹⁹.

Le fait que le Conseil constitutionnel ait rappelé les limites qui s'imposent au pouvoir constituant a donné lieu à deux interprétations opposées. Une partie des auteurs interprètent cette décision comme refusant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, et d'autres auteurs l'interprètent comme l'admettant.

* * *

Mais avant de voir ces différentes interprétations, il convient de remarquer que la décision du 2 septembre 1992 souffre d'une *contradiction interne*.

113. C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Rec.*, p.83 (40^e considérant).

114. C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Rec.*, p.84 (43^e considérant).

115. C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Rec.*, p.80 (19^e considérant).

116. Pour l'interdiction de réviser la Constitution pendant l'intérim de la présidence de la République voir *supra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

117. Pour l'interdiction de réviser la Constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire voir *supra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

118. Pour la question de savoir si la Constitution de 1958 interdit sa révision lorsque l'article 16 est en application voir *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, C.

119. Pour l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement voir *supra* Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

En effet, comme on l'a vu, au 19^e considérant, le Conseil constitutionnel affirme que « *le pouvoir constituant est souverain* », mais « *sous réserve... des limitations...* ». Certains auteurs voient dans cette affirmation une contradiction interne¹²⁰.

Par exemple, selon Dominique Rousseau,

« en affirmant dans le même mouvement que le pouvoir constituant est souverain *et* les lois constitutionnelles peuvent être contrôlées par le Conseil, la logique interne de la décision du 2 septembre 1992 n'apparaît pas... clairement : ou le constituant est souverain et son oeuvre ne peut être contrôlée ; ou elle le peut et il n'est plus souverain »¹²¹.

A notre avis, pour pouvoir bien interpréter cette décision, il faut préalablement déterminer quel pouvoir constituant (*originaire* ou *dérivé*) le Conseil constitutionnel entend-il par l'expression « pouvoir constituant » employée au 19^e considérant de la décision du 2 septembre 1992. Ce « pouvoir constituant » ne peut pas être le « pouvoir constituant originaire » car, ce dernier, étant un pouvoir de fait, ne peut pas être limité par les dispositions constitutionnelles (art.7, 16, 89, al.4 et 5). D'ailleurs un tel pouvoir, pour être souverain, n'a pas besoin de la confirmation du Conseil constitutionnel. Egalement il est inimaginable qu'un pouvoir de fait fasse l'objet d'une décision juridictionnelle. Alors, cette expression « pouvoir constituant » utilisée au 19^e considérant doit être entendue comme « pouvoir constituant *dérivé* »¹²², c'est-à-dire le pouvoir de révision constitutionnelle. Car, ce pouvoir, étant un pouvoir institué par la Constitution, peut bien être limité par les dispositions de celle-ci. Mais dans ce cas, on ne peut pas affirmer que ce pouvoir est souverain.

Alors comme le montre à juste titre Olivier Beaud,

« le vocabulaire utilisé par le juge est donc trompeur : la loi constitutionnelle de révision n'exprime ni un 'pouvoir constituant [originaire¹²³]' ni un 'pouvoir souverain', mais bien plutôt un pouvoir *constitué*¹²⁴, le pouvoir de révision qui est un pouvoir non souverain. Le juge confond ici le pouvoir souverain avec le pouvoir discrétionnaire, qui sont pourtant deux choses distinctes. On peut disposer d'un pouvoir discrétionnaire sans avoir un pouvoir souverain (mais l'inverse n'est pas vrai), car le pouvoir discrétionnaire agit dans le cadre légal, à l'intérieur de normes qui lui autorisent un large pouvoir d'appréciation. En d'autres termes, le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas un pouvoir absolu

120. Voir par exemple Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.473 ; Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 3^e éd., p.185 ; Favoreu, Note sous C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.738.

121. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 3^e éd., p.185. Selon le professeur Rousseau, cette deuxième hypothèse est « finalement retenue par le Conseil » (*Ibid.*).

122. Signalons que Georges Vedel aussi entend par cette expression « pouvoir constituant » le « pouvoir constituant dérivé ». Le doyen Vedel, dans son article sur « Souveraineté et supraconstitutionnalité », écrit ceci : « *Comme l'a récemment dit le Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant (en l'espèce 'dérivé')...* » (Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.90.

123. Dans le vocabulaire d'Olivier Beaud, le « pouvoir constituant » tout court est employé à la place du « pouvoir constituant originaire » (Voir Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.315).

124. C'est nous qui soulignons.

ou souverain, mais seulement un *pouvoir discrétionnaire* dans le cercle de ses compétences »¹²⁵.

C'est pourquoi, comme nous l'avons remarqué dans le titre préliminaire, il convient toujours de préciser le type (*originaire* ou *dérivé*¹²⁶) du pouvoir constituant dont il s'agit.

Signalons que la question à laquelle nous recherchons une réponse dans la décision du 2 septembre 1992 est celle de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel se déclare-t-il compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles ? Avant de donner notre réponse à cette question, voyons d'abord les différentes interprétations doctrinales en présence.

2. Les différentes interprétations doctrinales de cette décision

Le fait que le Conseil constitutionnel ait rappelé les limites qui s'imposent au pouvoir constituant [dérivé] a donné lieu à deux interprétations opposées. Une partie des auteurs interprète cette décision comme refusant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, et d'autres comme l'admettant.

a. L'interprétation de cette décision comme refusant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles

François Luchaire et Bruno Genevois interprètent cette décision comme refusant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement.

Selon le président Luchaire

« rien n'incite à penser qu'en signalant les périodes pendant lesquelles la Constitution ne peut être révisée, le Conseil ait voulu annoncer qu'il se reconnaissait le pouvoir de contrôler une réforme constitutionnelle acceptée par le Congrès du Parlement »¹²⁷.

Egalement selon Bruno Genevois,

« le fait que le juge constitutionnel ait énuméré les limitations tant circonstanciées que substantielles aux pouvoirs du constituant n'implique pas qu'il entende exercer un contrôle sur les lois constitutionnelles »¹²⁸.

125. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.474. Voir également Beaud, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *op. cit.*, p.1058.

126. Rappelons que dans notre travail nous utilisons l'expression « pouvoir de révision constitutionnelle » à la place de celle « pouvoir constituant dérivé ».

127. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p.1593.

128. Genevois, « Le traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *op. cit.*, p.945.

L'argument principal du président Luchaire est le suivant :

« L'alinéa premier de l'article 61 mentionnant les lois organiques, on peut certes considérer que son alinéa 2 ne vise que les lois ordinaires et qu'en conséquence le Conseil n'est pas compétent à l'égard des lois constitutionnelles mêmes adoptées par voie parlementaire »¹²⁹.

Pour démontrer que les lois constitutionnelles ne peuvent faire l'objet d'un contrôle du Conseil constitutionnel, François Luchaire invoque également la décision du Conseil constitutionnel du 2 septembre 1992.

Rappelons d'abord le 2^e considérant de cette décision :

« Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des *lois organiques* et des *lois ordinaires*¹³⁰, qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen... »¹³¹.

Le président Luchaire affirme que, selon l'interprétation du Conseil,

« l'article 61... ne prévoit... de recours que contre une loi organique (al.1) ou une loi ordinaire (al.2) ; ... en ajoutant l'adjectif 'ordinaire' au mot loi qui figure dans l'alinéa 2 de l'article 61, le Conseil élimine par là tout contrôle de la loi constitutionnelle même votée par le Parlement »¹³².

Ainsi selon François Luchaire, le Conseil constitutionnel répond à la question de savoir si le Conseil constitutionnel peut censurer une loi constitutionnelle contraire aux interdictions de réviser la Constitution par le négatif :

« une loi approuvée par le Congrès ne peut être contrôlée par le Conseil constitutionnel même si elle intervient au cours d'une période pendant laquelle la Constitution ne peut être révisée »¹³³.

En effet, comme nous l'avons vu plus haut, le président Luchaire, a discuté le bien-fondé de cet argument dans son ouvrage *Le Conseil constitutionnel*, paru en

129. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p.1592. Remarquons que le président Luchaire, avait soutenu, en 1980, que cet argument n'est pas convaincant et que la compétence du Conseil constitutionnel pourrait être admise. Voir Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.124-125.

130. C'est nous qui soulignons.

131. C.C., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, considérant 2, *Rec.*, p.95.

132. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p.1608. Le même argument est invoqué également par Bruno Genevois : « La décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992 oppose pour l'application de l'article 61 de la Constitution, les *lois organiques* adoptées par voie parlementaire qui *doivent* être soumises à l'examen du juge constitutionnel et les « *lois ordinaires* » qui *peuvent* lui être déférées, ce qui paraît exclure un contrôle sur les lois constitutionnelles » (Genevois, « Le traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée », *op. cit.*, p.945).

133. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p.1608. Par contre selon Louis Favoreu, certes le Conseil constitutionnel indique dans sa décision du 2 septembre 1992, l'article 61 de la Constitution lui donne mission de contrôler la constitutionnalité des « lois organiques et des lois ordinaires » ; mais, à son avis, « cette formule figurait déjà dans la décision du 6 novembre 1962 et n'a donc pas de signification particulière » (Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.738, note 27).

1980¹³⁴, et il ne l'a pas trouvé convaincant. Par conséquent il a conclu que « la compétence du Conseil constitutionnel pourrait être admise » à l'égard des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement¹³⁵. Selon lui, comme on l'a vu, « le mot loi comprend parfaitement la loi constitutionnelle... Le fait que l'alinéa 1 de l'article 61 vise spécialement la loi organique signifie simplement que l'article 2 vise toutes les lois sauf les lois organiques »¹³⁶.

François Luchaire avance encore d'autres arguments d'ordre procédural, pour démontrer l'incompétence du Conseil constitutionnel à l'encontre des lois constitutionnelles :

« Reconnaître cette compétence au Conseil constitutionnel, dit-il, c'est aller au devant de difficultés procédurales et qui... ne sont pas sans importance. Faut-il appliquer la jurisprudence du Conseil sur la recevabilité des amendements votés par l'Assemblée nationale et le Sénat ? Que faire si le Congrès modifie le texte voté dans les mêmes termes par les deux Assemblées alors que l'article 89 ne lui permet que d'approuver ou de ne pas approuver ? Que faire encore si la révision d'initiative parlementaire est soumise à l'approbation du Congrès alors que l'article 89 est généralement interprété comme ne permettant de saisir le Congrès que d'un projet initié par le chef de l'Etat »¹³⁷ ?

Néanmoins François Luchaire se pose la question suivante :

« Mais pourquoi le Conseil aurait-il rappelé ces interdictions s'il ne s'estimait pas en mesure d'en assurer la sanction »¹³⁸ ? Il note également que l'« on peut estimer qu'il est bon que la plus haute autorité juridictionnelle du pays puisse dire 'non' à un coup d'Etat »¹³⁹.

* * *

Dans l'hypothèse où l'on admet cette interprétation, il faut expliquer, d'une part le fondement de la validité des lois constitutionnelles qui serait éventuellement contraires aux limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel (art.7, al.6, 89, al.4 et 5).

En effet, nous avons expliqué cette question plus haut¹⁴⁰ en ce qui concerne la jurisprudence du 6 novembre 1962 du Conseil constitutionnel refusant la possibilité du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum. Si l'on interprète la décision du 2 septembre 1992 comme refusant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, on peut affirmer les mêmes conclusions concernant le fondement de la validité des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle et la signification des limites à la révision constitutionnelle. Alors nous nous contentons de nous référer à ces conclusions¹⁴¹.

134. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.124.

135. *Ibid.*, p.125.

136. *Ibid.*

137. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *op. cit.*, p.1592.

138. *Ibid.*

139. *Ibid.*

140. *Supra*, p.541-542.

141. Voir *supra*, p.541-544.

b. L'interprétation comme admettant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles

Louis Favoreu interprète cette décision comme

« admettant le contrôle des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès, aux fins de vérification non seulement des règles de procédure mais également des prescriptions ou interdictions contenues dans les articles 7, al.6, 16 et 89, al.4 et 5 de la Constitution »¹⁴².

Le professeur Favoreu se fonde sur deux observations :

« En premier lieu, découle de ces mises en garde¹⁴³ que le Conseil constitutionnel acceptera, le cas échéant, de vérifier si la loi constitutionnelle a bien respecté les limites fixées... Ce qui implique évidemment qu'il admettra la recevabilité de recours formés soit par l'une des quatre hautes autorités de l'Etat, soit par 60 députés ou 60 sénateurs, contre une loi constitutionnelle dès que celle-ci aura été adoptée par le Congrès (et non par voie de référendum). On ne voit pas en effet quel serait l'intérêt de ces mises en garde si la méconnaissance des interdictions rappelées n'était pas susceptibles d'être sanctionnée.

En second lieu, est-il logique d'affirmer que le pouvoir constituant est souverain et de préciser aussitôt qu'il doit respecter des limites fixées par le texte constitutionnel, surtout si le respect de ces limites doit être assuré par le juge ? Si le pouvoir constituant est souverain, il peut méconnaître les limites qu'il s'est lui-même fixées ; mais alors à quoi bon rappeler celles-ci de manière aussi précise et en interprétant certaines dispositions constitutionnelles (l'article 16) de façon aussi extensive »¹⁴⁴ ?

D'autre part, le professeur Dominique Rousseau lui aussi interprète cette décision comme admettant le contrôle des lois constitutionnelles. Selon lui,

« jusqu'en 1992, l'absence de contrôle des lois constitutionnelles était seulement présumée, et fondée sur une argumentation discutable. Avec la décision du 2 septembre 1992,

142. Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.738.

143. Les limites sus-mentionnées que devait respecter le pouvoir constituant.

144. Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.738. Egalement voir Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.825-826 ; Favoreu et alii, « France », *op. cit.*, p.478. Le professeur Favoreu affirmait dans son premier commentaire de la décision du 2 septembre 1992 qu'« une loi constitutionnelle peut être déférée au Conseil constitutionnel pour non-respect des prescriptions sus-indiquées car on ne voit pas sinon, pourquoi le juge constitutionnel aurait, à deux reprises, fait référence à ces 'limites' ou 'limitations'. Certes, le champ du contrôle sera réduit ; mais l'important est que le principe du contrôle soit admis. En outre, on peut très bien concevoir, que le Conseil constitutionnel accepte de contrôler la régularité de la procédure d'adoption de la loi constitutionnelle » (Louis Favoreu, Premier commentaire sous C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.409. M. Favoreu a également affirmé que l'« on conçoit... difficilement qu'il refuse de sanctionner des vices de procédure entachant la révision constitutionnelle ou même des changements fondamentaux tels que l'abrogation de l'interdiction des discriminations raciales et religieuses. Alors surtout que dans sa décision du 2 septembre 1992 il a bien souligné que le pouvoir constituant est souverain, mais... dans le respect de certaines limites fixées par la Constitution » (Favoreu, « Souveraineté et la supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.75.

le doute n'est plus permis : le Conseil constitutionnel s'est affirmé compétent pour connaître des lois constitutionnelles »¹⁴⁵.

« Le pouvoir constituant est donc souverain, dit-il, *mais il n'est pas pour autant soustrait à tout contrôle de constitutionnalité*. La force de la première affirmation ne doit pas, en effet, faire oublier que le Conseil, dans cette même décision, non seulement reconnaît sa compétence sur les lois constitutionnelles mais encore précise les points sur lesquels son contrôle pourrait porter »¹⁴⁶.

Le professeur Olivier Beaud aussi interprète cette décision comme admettant le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. D'abord, comme on l'a vu plus haut, Olivier Beaud, défend d'une façon générale l'idée que l'acte de révision constitutionnelle est juridiquement contestable¹⁴⁷. Par conséquent il défend le contrôle juridictionnel des lois de révision constitutionnelle¹⁴⁸. Il se demande si « un tel contrôle pourrait-il s'exercer en l'état actuel du droit positif français »¹⁴⁹ ?

En constatant que « très récemment, l'affirmer aurait été une construction de *lege ferenda* »¹⁵⁰, Olivier Beaud pense que la décision du 2 septembre 1992 a

« radicalement changé les données du problème. En l'espèce le Conseil constitutionnel a effectué un tournant important en s'estimant (implicitement) compétent pour contrôler au fond la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 révisant la Constitution de la V^e République. Quoique non saisi directement, le juge a, pour la première fois, examiné indirectement la constitutionnalité d'une révision constitutionnelle, admettant donc implicitement, mais nécessairement, la validité d'une limitation matérielle de la révision dont il assurerait la sanction »¹⁵¹.

« En ouvrant des exceptions à cette prétendue souveraineté du législateur constitutionnel ('... sous réserve de...'), en lui fixant donc des conditions et des limites... le juge admet nécessairement que l'acte de révision doit respecter, c'est-à-dire ne pas violer ni abroger l'acte constituant, c'est-à-dire les dispositions essentielles ou fondamentales de la constitution de la V^e République »¹⁵².

Le professeur Beaud se pose également la question suivante :

145. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 3^e éd., p.179, également voir p.181.

146. Dominique Rousseau, « Chronique de la jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *Revue du droit public*, 1993, p.19. Egalement voir Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, 3^e éd., p.185 : En partant de l'affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle « sous réserve, d'une part..., et d'autre part... le pouvoir constituant est souverain », le professeur Rousseau souligne que « par deux petits mots – 'sous réserve' – le Conseil pose le principe de sa compétence sur les lois constitutionnelles et précise, ensuite, les points sur lesquels son contrôle pourrait, le cas échéant, porter ».

147. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.131, 356 ; Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.7.

148. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.356, 396.

149. *Ibid.*, p.400.

150. *Ibid.*

151. *Ibid.*

152. *Ibid.*, p.401.

« 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 »¹⁵³ ?

Selon lui, « rien n'empêche... de franchir le pas »¹⁵⁴. Olivier Beaud affirme que l'article 61, alinéa 2, n'interdit pas le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles,

« 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..., il pourrait s'estimer compétent. Une révision constitutionnelle ne serait peut-être même pas nécessaire tant une interprétation raisonnable du juge suffirait »¹⁵⁵.

* * *

La question de règles de référence pour le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement. – Dans l'hypothèse où l'on interprète cette décision comme admettant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il faut déterminer les règles de référence pour ce contrôle. Car, comme le remarque à juste titre le doyen Favoreu, dans son intervention à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence, « le contrôle des lois constitutionnelles suppose l'existence de normes de référence »¹⁵⁶.

En effet, les auteurs qui interprètent la décision du 2 septembre 1992 comme admettant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles discutent également de la question de savoir sur quoi pourrait porter un tel contrôle¹⁵⁷.

Selon Louis Favoreu, « ce contrôle serait très semblable à celui exercé sur les lois organiques et ordinaires »¹⁵⁸. Le doyen Favoreu souligne que le contrôle des lois constitutionnelles consistera en vérification « non seulement des règles de procédure, mais également des prescriptions ou interdictions contenues dans les articles 7 al.6, 16 et 89 al.4 et 5 de la Constitution »¹⁵⁹. En ce qui concerne cette dernière disposition, il semble que le Louis Favoreu est en faveur d'une interprétation large de l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement « pour y inclure les valeurs fondamentales de la République »¹⁶⁰. « Imagine-t-on, par exemple, demande-t-il, que le Conseil constitutionnel refuserait de contrôler une loi

153. *Ibid.*

154. *Ibid.*

155. *Ibid.*

156. Selon le compte-rendu de Thierry Di Manno, Ferdinand Mélin-Soucramanien et Joseph Pini, « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle », X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 19, 1994, p.662.

157. Rousseau, *Le droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.182 ; Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.187 ; Beaud, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p.387.

158. Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.187.

159. Favoreu, Commentaire sous C.C., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *op. cit.*, p.738.

160. *Ibid.*

constitutionnelle apportant une dérogation à l'interdiction de discrimination raciale ou religieuse »¹⁶¹ ?

Le doyen Favoreu a également affirmé que « si le Conseil constitutionnel s'estime compétent pour exercer un tel contrôle, il faut qu'il puisse faire référence aussi bien à des normes formelles qu'à des normes matérielles »¹⁶². En ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles, Louis Favoreu précise qu'« il faut supposer l'existence de principes supraconstitutionnels »¹⁶³.

D'autre part, Dominique Rousseau, en allant dans le même sens, pose la question de savoir si le Conseil constitutionnel peut « décider de contrôler et censurer les lois constitutionnelles qui dépasseraient, par leur objet et leur portée, les *limites inhérentes*¹⁶⁴ à l'exercice du droit de révision constitutionnelle »¹⁶⁵. Selon lui, un tel contrôle

« ne serait pas complètement illogique ou mal fondé ; la révision comporte bien une limite ultime qui est la Constitution elle-même. *Modifier la Constitution n'est pas changer de Constitution* ; c'est procéder à des aménagements qui respectent le travail constitutionnel des pères fondateurs, adapter le texte aux évolutions politiques sans remettre en cause le schéma initial. En conséquence, une loi de révision constitutionnelle qui dépasserait ces limites pourrait être sanctionnée au motif, notamment, que le constituant dérivé a usurpé un pouvoir qui appartient au constituant *ordinaire*¹⁶⁶ »¹⁶⁷.

De même, en ce qui concerne la question de normes de référence, le professeur Rousseau, tout en affirmant que « le texte constitutionnel proprement dit » peut être la règle de référence, se pose les questions suivantes :

« Mais pourquoi pas les autres éléments du bloc de constitutionnalité, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 ? Pourquoi pas les principes qui figurent depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels, pour reprendre l'argumentation du Conseil lui-même à propos du concept juridique de 'peuple français' ? Assurément, pour la doctrine comme pour le Conseil, la voie est libre pour construire un au-delà de la Constitution qui s'impose au constituant »¹⁶⁸.

Ainsi le professeur Rousseau laisse une porte ouverte à l'idée de supraconstitutionnalité, même s'il prend la précaution de noter que « sur le plan de la pratique

161. *Ibid.*, p.738, note 29. Voir également Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.826 ; Groupe d'études de recherches sur la justice constitutionnelle (Favoreu et alii), « France », *op. cit.*, p.478.

162. Selon le compte-rendu de Di Manno, Mélin-Soucramanien et Pini, *op. cit.*, p.662.

163. *Ibid.* Voir également Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p.71-77.

164. C'est nous qui soulignons.

165. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.182.

166. Lire « originaire ».

167. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p.182-183.

168. *Ibid.*, p.185.

contentieuse, sa mise en oeuvre susciterait certainement de grandes difficultés »¹⁶⁹ et que cette voie de la supraconstitutionnalité serait « risquée »¹⁷⁰.

Le professeur Olivier Beaud non plus ne se contente pas des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel. Ainsi il défend que « le contrôle 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 »¹⁷¹. En effet, dans sa théorie, le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles est le corollaire logique de sa thèse sur la limitation matérielle de l'acte de révision¹⁷². Et, comme on l'a vu dans la première partie¹⁷³, cette dernière thèse est fondée sur la distinction entre le pouvoir constituant [originaire] qui est souverain et le pouvoir de révision qui est non souverain¹⁷⁴. Par conséquent logiquement pour le professeur Beaud, les règles de référence ne consistent pas en celles prévues expressément dans le texte constitutionnel.

* * *

Quant à nous, la question de normes de référence ne se pose pas ici. En effet nous avons répondu à cette question dans la première partie : *seulement les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel sont valables*¹⁷⁵. En dehors de celles-ci, il n'existe aucune limite qui s'impose à l'exercice du pouvoir constituant dérivé¹⁷⁶. Ainsi il n'existe pas de limites à la révision constitutionnelle résultant des principes supraconstitutionnels¹⁷⁷, il n'existe pas non plus de limites découlant de l'esprit de la Constitution¹⁷⁸. Nous nous contentons ici de nous référer aux développements faits dans la première partie.

En effet si l'on admet que le Conseil constitutionnel se reconnaisse dans cette décision la compétence de contrôler les lois constitutionnelles, la détermination des règles de référence ne doit pas poser beaucoup de problème, car dans le même considérant, la haute juridiction énumère les limites à la révision constitutionnelle prévue par le texte constitutionnel. Et comme nous l'avons vu, il ne mentionne que les limites à la révision constitutionnelle fixées par le texte constitutionnel de 1958¹⁷⁹. Par conséquent le Conseil constitutionnel refuse toute idée de supraconsti-

169. *Ibid.*, p.183.

170. *Ibid.*, p.185.

171. Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.387.

172. Beaud, « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p.7 ; Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.386.

173. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 2, b.

174. Voir Beaud, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p.329, 357.

175. Première partie, Titre 1.

176. Première partie, Titre 2.

177. Première partie, Titre 2, Chapitre 1.

178. Première partie, Titre 2, Chapitre 2.

179. En effet, l'une des limites mentionnées par le Conseil constitutionnel ne figure pas explicitement dans le texte constitutionnel. Nous avons discuté dans la première partie la question de savoir si la Constitution interdit sa révision constitutionnelle lorsque l'article 16 est en application (Voir supra, Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, C).

tutionnalité ainsi que d'autres limites à révision constitutionnelle qui ne sont pas prévues par le texte constitutionnel.

En conclusion, si l'on interprète la décision du 2 septembre 1992 comme admettant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ce contrôle se limite à vérifier la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel, à savoir l'interdiction de réviser la Constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art.89, al.4)¹⁸⁰, celle de réviser la Constitution pendant l'intérim de la présidence de la République (art.7, al.6)¹⁸¹ et celle de réviser la forme républicaine du Gouvernement (art.89, al.5)¹⁸². Nous avons, dans la première partie, remarqué qu'il faut interpréter limitativement cette dernière interdiction¹⁸³. Egalement notre conclusion concernant la question de savoir si la Constitution interdit sa révision constitutionnelle lorsque l'article 16 est en application se trouve dans la première partie¹⁸⁴.

3. Appréciation de la question

A notre avis, comme nous l'avons affirmé en ce qui concerne la question du contrôle de la constitutionnalité des lois référendaires, à propos de la question de savoir si le Conseil constitutionnel a compétence de contrôler les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, il faut rechercher la réponse authentique.

D'abord rappelons encore une fois que selon l'article 61 de la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel est compétent à l'égard des « lois organiques », des « règlements des assemblées parlementaires » et des « lois ». Cependant dans le texte de cet article, les « lois constitutionnelles » ne sont pas mentionnées.

Alors la question qui se pose ici est celle de savoir si les « lois » que vise l'article 61 alinéa 2 englobent ou non les « lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement ». Autrement dit, les lois qui sont adoptées suivant la procédure de l'alinéa 3 de l'article 89 sont-elles des « lois » au sens de l'article 61, al.2, de la Constitution de 1958 ?

Alors pour pouvoir répondre à la question de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, il faut d'abord répondre à la question de savoir si le mot « lois » utilisé dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution de 1958 englobe non seulement les « lois ordinaires » mais aussi les « lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement ».

Et cette question pose un problème d'*interprétation*. Car, pour y répondre, il faut donc interpréter le mot « lois » utilisé dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution. Sans doute, chacun peut interpréter ce mot, comme il l'entend. En

180. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

181. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

182. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

183. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

184. Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, C.

effet, comme nous venons de le voir, les différents auteurs interprètent le mot « lois » différemment. Pour les uns ce mot englobe les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, pour d'autres non.

En droit seulement l'une des ces interprétations peut être valable ; les autres ne sont que des opinions personnelles. Il faut donc choisir l'interprétation authentique, c'est-à-dire celle qui ne peut être juridiquement contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques.

Déterminons alors l'interprétation authentique du mot « lois », utilisé dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution de 1958, et pour lesquelles le Conseil constitutionnel est habilité. Dans le système de la Constitution française de 1958, l'interprétation donnée à la Constitution par le Conseil constitutionnel est authentique, car, « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (art.62, al.2 de la Constitution de 1958). En d'autres termes, nul ne pourrait contester juridiquement l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel à une disposition de la Constitution, parce que, d'une part, il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait la confronter, et d'autre part, parce qu'elle n'est pas annulable et produit des effets juridiques quel que soit son contenu.

* * *

Alors quelle est l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel à ce mot « lois » utilisé dans l'article 61, alinéa 2, de la Constitution ?

Nous avons vu plus haut la décision du Conseil constitutionnel du 2 septembre 1992. Nous avons vu également que cette décision a donné lieu à deux interprétations doctrinales différentes. Certains auteurs interprètent cette décision comme admettant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, alors que d'autres l'interprètent comme refusant un tel contrôle.

A notre avis, la décision du 2 septembre 1992 ne peut être interprétée ni dans un sens ni dans l'autre. Car, elle ne comporte pas une réponse à la question de savoir si le mot « lois » employé dans l'article 61, alinéa 2, englobe ou non les « lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement ». En effet cette décision, par sa nature même, ne pouvait pas apporter une réponse à cette question. Parce que, comme on l'a déjà remarqué, cette décision porte sur la conformité à la Constitution d'un traité international et non pas sur la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle. Et par conséquent, le Conseil constitutionnel a été saisi sur la base de l'article 54 et non pas de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution. Alors, dans cette décision, le Conseil constitutionnel n'a pas eu à se prononcer sur sa compétence à l'égard des lois constitutionnelles. De ce fait, même si cette décision a été interprétée par certains auteurs comme admettant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, et par d'autres comme refusant un tel contrôle, elle ne peut pas apporter une réponse authentique à la question de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

Alors, la décision du 2 septembre 1992 est loin de résoudre notre problème. La réponse authentique à la question de savoir si les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement peuvent être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel n'existe pas en l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle. Car, tout simplement la décision du 2 septembre 1992 ne porte pas sur une loi constitutionnelle. Une décision rendue sur la base du contrôle de la conformité à la Constitution des engagements internationaux (art.54) ne peut pas faire la jurisprudence en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Pour qu'une réponse authentique soit apportée à notre question, le Conseil constitutionnel doit être saisi *à l'encontre d'une loi constitutionnelle votée par le Congrès du Parlement et sur la base de l'article 61, al. 2, de la Constitution.*

Depuis 1958, sept lois constitutionnelles ont été votées par le Congrès du Parlement. Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi jusqu'ici à l'encontre d'une loi constitutionnelle votée par le Congrès du Parlement. Par conséquent le Conseil constitutionnel n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur sa compétence à l'égard des lois constitutionnelles. Une saisine du Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 (votée par le Congrès du Parlement) a failli se produire en juin 1992 (sur l'initiative de M. Mazeaud et des députés R.P.R.)¹⁸⁵. Et une telle saisine pourrait se produire éventuellement dans le futur. Et si un jour le Conseil était saisi, soit par l'une des quatre hautes autorités de l'Etat, soit par 60 députés ou 60 sénateurs, sur la base de l'article 61, alinéa 2, à l'effet de se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi constitutionnelle, nous aurions une réponse authentique à notre question, c'est-à-dire, à celle de savoir si le mot « lois » utilisé dans le second alinéa de l'article 61 englobe ou non les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, et par conséquent si le Conseil constitutionnel est compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Mais jusqu'à ce jour, la réponse authentique à cette question n'existe pas. Par conséquent en l'état actuel de la jurisprudence, nous ne pouvons pas répondre à la question de savoir si le Conseil constitutionnel peut contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors, en l'état actuel de jurisprudence, en France, il est vain de poser la question de savoir si les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement peuvent être contrôlées par le Conseil constitutionnel. Car, la réponse positive à cette question n'existe pas. Par conséquent la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en ce qui concerne les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement échappe au juriste. En effet, comme nous l'avons exposé dans l'introduction générale de notre thèse, selon la conception positiviste que nous suivons dans notre travail, la tâche de la science du droit est de décrire la solution authentique, et non pas d'inventer une solution là où elle n'existe pas positivement.

Alors, en ce qui concerne la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, une seule conclusion s'impose : cette question ne se pose pas en l'état actuel de la jurisprudence.

185. Favoreu et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.187.

[Page laissée intentionnellement vide]

Section 2

LA SITUATION EN TURQUIE

Nous allons examiner le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Turquie en le divisant en deux périodes : sous la Constitution de 1961 et sous la Constitution de 1982, car les données constitutionnelles du problème sont différentes dans ces deux périodes.

Alors cette section se subdivise en deux sous-sections :

Sous-section 1. - Sous la Constitution de 1961

Sous-section 2. - Sous la Constitution de 1982

[Page laissée intentionnellement vide]

Sous-section 1

SOUS LA CONSTITUTION DE 1961

La Constitution turque de 1961 a été adoptée par le référendum du 9 juillet 1961¹ et déconstitutionnalisée par le coup d'Etat du 12 septembre 1980².

Le contrôle de constitutionnalité des lois est prévu pour la première fois en Turquie par la Constitution de 1961. Du point de vue du contrôle de la constitutionnalité des *lois constitutionnelles*, il faut distinguer les périodes d'avant et d'après 1971, car la réglementation constitutionnelle sur ce point a été modifiée par la loi de révision constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971.

§ 1. AVANT 1971

Nous allons voir d'abord la réglementation constitutionnelle (A), ensuite la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (B).

A. LA REGLEMENTATION CONSTITUTIONNELLE

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971, la Constitution de 1961 ne contenait aucune disposition sur la contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Dans cette période, l'article 147 stipulait que

« la Cour constitutionnelle contrôle la conformité à la Constitution des lois et du règlement intérieur de la Grande Assemblée nationale de Turquie ».

1. Loi n°334 du 9 juillet 1961, *Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi* [Journal officiel de la République turque], n°10859 du 20 juillet 1961.

2. Dès le 12 septembre 1980, le Conseil national de sécurité (*Milli Güvenlik Konseyi*), composé du chef d'état major général et des commandants des Armées assumait les pouvoirs conférés par la Constitution de 1961 au Parlement. La loi sur l'ordre constitutionnel (*Anayasa Düzeni Hakkında Kanun*) n°2324 du 27 octobre 1980 *Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi* [Journal officiel de la République turque], 28 octobre 1980, n°17145) a cependant maintenu la Constitution de 1961 en vigueur en précisant toutefois que les actes et les décisions du Conseil national de sécurité qui seraient incompatibles avec la Constitution seraient réputées révisions constitutionnelles. Voir, en langue française, Rusen Ergec, *Regards sur la Constitution turque de 1982*, Ankara, Editions de la Faculté des sciences politiques de l'Université d'Ankara, 1988, p.6.

De même, la loi n°44 du 22 avril 1962 sur l'organisation et la procédure de travail de la Cour constitutionnelle prévoyait le contrôle de la constitutionnalité des lois et du règlement intérieur de l'Assemblée, mais elle ne comportait aucune disposition sur le contrôle de la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle.

Alors la Constitution turque de 1961, avant la révision constitutionnelle de 1971, ne contenait aucune disposition sur la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Par conséquent, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans le cas de la Turquie, avant 1971, doit être analysée comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé*.

Dans le chapitre précédent³, nous avons vu les données théoriques du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un tel système. Sans entrer dans les détails, rappelons que, selon les conclusions développées dans ce chapitre, dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé par la constitution, puisque la solution n'existe pas dans les textes positifs, elle ne peut se trouver que dans la jurisprudence constitutionnelle. Mais pour qu'il y ait une jurisprudence constitutionnelle, il faut qu'il existe avant tout un organe chargé du contrôle de la constitutionnalité. En d'autres termes, il faut qu'il y ait, dans le système, un organe compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

En Turquie, sous la Constitution de 1961, avant 1971, il y avait justement une Cour constitutionnelle chargée de contrôler la constitutionnalité des lois⁴. Par conséquent, la première condition est remplie.

Dans le chapitre précédent⁵, deuxièmement, nous avons affirmé que, s'il y a une cour constitutionnelle dans le système, il faut regarder la jurisprudence de cette cour sur le point de savoir si elle se déclare compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Du point de vue du droit positif, dans une telle hypothèse, il faut admettre que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible si la cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par contre, un tel contrôle est impossible si la cour constitutionnelle se considère comme incompétente pour contrôler les lois constitutionnelles. Alors, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible si la cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par contre, un tel contrôle est impossible si la cour constitutionnelle s'est déjà déclarée incompétente pour contrôler les lois constitutionnelles. Car, du point de vue du droit positif, la jurisprudence de cette cour est incontestable. En d'autres termes la décision de cette cour constitue la solution authentique du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

3. Ce titre, Chapitre 1, § 2, B.

4. Articles 145 à 152 de la Constitution de 1961.

5. Ce titre, Chapitre 1, § 2, B.

Alors, pour savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou non en Turquie dans cette période, il faut regarder la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque sur le point de savoir si elle se considère comme compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Si elle s'est déjà déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ce contrôle est possible. Si ce n'est pas le cas, ce contrôle est impossible.

Dans cette période, comme nous allons le voir avec les détails plus bas, la Cour constitutionnelle turque s'est déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Dans les décisions des 16 juin 1970 et 3 avril 1971, elle a effectivement contrôlé la constitutionnalité de deux lois de révision constitutionnelle. De plus elle a même annulé une loi de révision constitutionnelle.

Alors du point de vue du droit positif, une seule conclusion s'impose : en Turquie, sous la Constitution de 1961, avant 1971, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ; car, d'une part, la Constitution ne contient aucune disposition sur ce point, et d'autre part la Cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par conséquent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque avant 1971 illustre parfaitement la solution du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un système où le contrôle n'est pas réglementé par les constitutions et où il y a un organe chargé du contrôle de la constitutionnalité.

Voyons maintenant de plus près la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque avant 1971 sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

B. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Nous exposerons d'abord la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, ensuite nous essayerons de faire la critique de cette jurisprudence.

1. Exposé

Dans cette période, c'est-à-dire avant la loi de révision constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971, la Cour constitutionnelle turque a rendu deux décisions concernant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles : les décisions des 16 juin 1970 et 3 avril 1971.

a. La décision n°1970-31 du 16 juin 1970, *Restitution des droits politiques*⁶

La Constitution turque de 1961 a été révisée pour la première fois par la loi constitutionnelle n°1188 du 6 novembre 1969⁷. L'article 68 de la Constitution de 1961 interdisait aux personnes qui sont condamnées de certains délits et crimes d'être candidates et d'être élues en tant que députés, « *même si elles ont bénéficié d'une amnistie* ». La révision de 1969 a supprimé cette dernière restriction.

La loi constitutionnelle n°1188 du 6 novembre 1969 en supprimant ces quatre mots⁸ permet aux anciens condamnés bénéficiant d'une amnistie de se présenter aux élections générales. En effet cette disposition avait pour objet de rendre les droits politiques aux anciens responsables⁹ du Parti démocrate condamnés au procès de Yassiada à la suite du coup d'Etat militaire du 27 mai 1960 renversant le Gouvernement de ce Parti. Ainsi, la première révision de la Constitution de 1961 a provoqué une crise politique dans le pays, opposant, d'une part, les partis politiques à l'armée, et d'autre part, les partis de gauche aux partis de droite¹⁰.

Dans ces circonstances, la Cour constitutionnelle fut saisie, le 9 janvier 1970, par le Parti travailliste de Turquie, sur la base de l'article 149 de la Constitution, à l'effet de se prononcer sur la conformité de la loi constitutionnelle du 6 novembre 1969 à la Constitution. Ainsi, dès la première révision constitutionnelle, la Cour constitutionnelle turque a eu l'occasion de se prononcer sur le point de savoir si elle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Nous allons voir d'abord les arguments de l'auteur de la saisine, ensuite la décision de la Cour constitutionnelle.

Les arguments de l'auteur de la saisine

L'auteur de la saisine, le Parti travailliste de Turquie, invoque plusieurs arguments pour montrer d'abord la compétence de la Cour, ensuite l'irrégularité formelle et matérielle la loi constitutionnelle en question¹¹.

1. *Pour démontrer la compétence de la Cour.* – D'abord le Parti requérant, en s'appuyant sur une conception jusnaturaliste, a fait valoir que la Cour constitution-

6. Cour constitutionnelle turque, décision n° 1970-31 du 16 juin 1970, (Restitution des droits politiques), *Anayasa Mahkemesi Kararlari Dergisi* [Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle (turque)], (cité désormais comme *A.M.K.D.* en abrégé), n° 8, 1971, p.313-340.

7. *Resmi Gazete* [Journal officiel], n°13349 du 12 novembre 1969.

8. Selon le texte turc de l'article (« *affa ugramis olsalar da* »).

9. Celal Bayar, ex-président de la République, et ses amis.

10. Cem Eroglu, *Anayasayi Degistirme Sorunu : Bir Mukayeseli Hukuk Incelemesi* [La question de révision constitutionnelle : une étude de droit comparé], Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayinlari, 1974, p.149-150.

11. Pour les moyens développés par le Parti travailliste de Turquie, voir le texte de la requête reproduit dans cette décision de Cour constitutionnelle, *in A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.313-319.

nelle est compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles, car, à son avis,

« il y a des principes fondamentaux supérieurs à la constitution et d'une façon générale, au droit positif. Ces principes se trouvent à l'origine des constitutions et traduisent une certaine conception du monde qui constitue l'idéologie dominante dans une société déterminée... Les constitutions tirent leur valeur et validité juridique de ces principes fondamentaux... Et à certains égards, les constitutions sont des documents qui réalisent ces principes... et qui les transforment en droit positif »¹².

Ensuite l'auteur du recours soutient qu'il y a une hiérarchie entre les dispositions constitutionnelles. En effet, le requérant affirme que

« la constitution comporte, à côté des principes fondamentaux, les dispositions de nature réglementaire qui ont pour objet d'appliquer ces principes. Les principes se trouvant dans les préambules ou dans les déclarations des droits annexées à la constitution constituent le sommet de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles. En effet, la cohérence de la constitution est assurée par la conformité des dispositions réglementaires et d'autres dispositions à ces principes se trouvant au début de la constitution »¹³.

Ainsi après avoir affirmé que les dispositions constitutionnelles occupent un rang différent dans la hiérarchie selon leur valeur et validité juridique, l'auteur de la saisine conclut que

« si un article de la Constitution de l'importance dérivée est modifié et si cet article révisé entre en contradiction avec les principes fondamentaux de la Constitution, la cohérence de la Constitution sera anéantie. Puisque la validité des principes fondamentaux ne peut pas être limitée par un article de valeur secondaire, la Cour constitutionnelle a la compétence de s'opposer à cette révision et d'annuler l'article modifié »¹⁴.

Soulignons que ces arguments du Parti travailliste de Turquie illustrent parfaitement la thèse de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles que nous avons examinée dans la première partie¹⁵. Par conséquent on peut se reporter, pour la critique de ces arguments, à la section consacrée à la critique de cette thèse¹⁶.

D'ailleurs le requérant invoque aussi des arguments positivistes. Il soutient que la conclusion ci-dessus pourrait même être tirée de la disposition de l'article 147 de la Constitution. Car, selon le requérant,

« l'article 147, en prévoyant que 'la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité des lois' attribue à la Cour constitutionnelle les compétences les plus étendues dans l'exercice de ce contrôle. Qu'il nous soit permis de donner un exemple : si la proposition ou le projet de loi révisant certains articles de la Constitution est entaché de vices de procédure, par exemple, si la proposition n'a pas été adoptée par la majorité des deux tiers, la Cour constitutionnelle déclarera-t-elle irrecevable le recours en annulation, en se considérant comme incompétente pour statuer sur la validité de cette loi ? Sans aucun doute, non. La Cour constitutionnelle examinera l'affaire et annulera la loi de révision constitutionnelle »¹⁷.

12. *Ibid.*, p.313.

13. *Ibid.*, p.314.

14. *Ibid.*, p.315.

15. Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2.

16. Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 2.

17. *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.315.

L'auteur de la saisine affirme la même chose à propos de la compétence de la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. De même, s'il y a un vice matériel au lieu d'un vice de procédure, la Haute Instance contrôlera aussi la loi en question. Et si la Cour constate que la loi de révision constitutionnelle est en contradiction avec les principes fondamentaux de la Constitution, elle l'annulera¹⁸.

2. *Pour démontrer l'irrégularité de la loi constitutionnelle en question.* – D'ailleurs selon le Parti travailliste, auteur de la saisine, la loi constitutionnelle n°1188 du 6 septembre 1969 était contraire à la Constitution tant du point de vue de la forme que du fond.

a. D'abord, pour démontrer l'*irrégularité formelle* de la loi constitutionnelle en question, le requérant soutenait que la loi constitutionnelle en question était entachée d'un vice de procédure, car elle a été adoptée contrairement à la disposition de l'article 155 prévoyant que « les propositions de révision constitutionnelle ne peuvent faire l'objet de la procédure d'urgence ».

b. Ensuite, selon le requérant, la loi constitutionnelle en question était contraire à la Constitution *du point de vue de son contenu* aussi. En effet, l'argument du Parti travailliste de Turquie est plutôt un argument d'opportunité. Le requérant, en supposant que la Constitution de 1961 tire sa validité du coup d'Etat du 27 mai 1960, affirme que « la légitimité de l'intervention¹⁹ du 27 mai 1960 repose sur l'illégitimité du Gouvernement du Parti démocrate »²⁰. Si l'on rend les droits politiques aux anciens responsables illégitimes de ce gouvernement, la légitimité de l'intervention du 27 mai sur laquelle repose la Constitution de 1961 sera anéantie. Alors la loi constitutionnelle en question qui devait rendre les droits politiques aux anciennes responsables du Parti démocrate était contraire à l'essence même de la Constitution de 1961²¹.

En dehors de cet argument, l'auteur de la saisine essaye de tirer la même conclusion de l'article 9 de la Constitution de 1961 prévoyant l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat. En interprétant largement cette interdiction, le requérant affirme que, non seulement la forme républicaine de l'Etat, mais aussi les caractéristiques de cet Etat, telles que l'Etat de droit, démocratique, basé sur les droits de l'homme, et laïque, sont intangibles²².

En conclusion selon le Parti travailliste de Turquie, la loi constitutionnelle n°1188 du 6 novembre 1969 révisant l'article 68 et supprimant l'article transitoire

18. *Ibid.*

19. Lire « coup d'Etat ».

20. *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.318. Selon le Parti travailliste, le Gouvernement du Parti démocrate (1950-1960) était illégitime, car il avait donné « *les concessions au capital étranger..., ainsi qu'à l'impérialisme américain* » (*sic!*) (*Ibid.*).

21. *Ibid.*, p.318-319.

22. *Ibid.*, p.319.

de la Constitution est contraire aux principes fondamentaux se trouvant au début de la Constitution²³.

La décision de la Cour

La Cour constitutionnelle a examiné d'abord la recevabilité, ensuite le fond de l'affaire.

A. La recevabilité. – La Cour constitutionnelle a d'abord discuté de la question de savoir si elle était compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, et ensuite la question de l'étendue de sa compétence.

1. La question de sa compétence. – D'abord il convient de préciser que selon l'article 28 de la loi n° 44 du 22 avril 1970 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, la Cour est liée par les *conclusions* de l'auteur de la saisine, mais non pas par les *moyens* invoqués par lui. Par conséquent la Cour constitutionnelle peut annuler une loi pour d'autres motifs que ceux invoqués par le requérant. De même parfois, la Cour soulève d'office un moyen non invoqué par le requérant et annule la loi, sans qu'il soit besoin de statuer sur d'autres moyens.

Dans cette affaire aussi la Cour constitutionnelle n'a pas statué sur tous les moyens invoqués par l'auteur de la saisine. Par exemple, comme on vient de le voir, le requérant, sur la base d'une conception purement jusnaturaliste, soutient qu'il y a, d'une part, des principes supérieures à la Constitution et d'autre part, une hiérarchie entre les normes constitutionnelles elles-mêmes. La Cour n'a pas répondu à ces deux arguments. Elle a préféré examiner la question dans le cadre de la Constitution.

Avant d'entrer au fond de l'affaire, conformément à la demande de l'auteur de la saisine, la Cour constitutionnelle a tout d'abord examiné la question de savoir si elle était compétente pour contrôler la constitutionnalité des *lois constitutionnelles*. En effet, comme on l'a vu plus haut, l'article 147 de la Constitution habilitait la Cour constitutionnelle à se prononcer sur la constitutionnalité des *lois* et ne parlait pas de lois constitutionnelles. Alors la question qui se posait à la Cour constitutionnelle était celle de savoir si les lois constitutionnelles pouvaient être considérées comme « lois » dans le sens de l'article 147. La réponse de la Cour à cette question était affirmative. La motivation de la Cour était la suivante :

« Il est évident que la révision de la Constitution de 1961 n'est possible que par les *lois* qui seront édictées conformément à la procédure et aux conditions prévues dans l'article 155. En effet, le texte n°1188 du 6 novembre 1969 en question porte aussi l'appellation nom de « loi », comme on le voit clairement dans son titre²⁴. D'ailleurs, la Constitution considère la révision constitutionnelle comme une « loi », car, elle prévoit, dans son article 155, qu'en dehors de certaines conditions²⁵, la discussion et l'adoption des révisions

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, p.322.

25. La proposition par un tiers au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale et l'adoption à la majorité des deux tiers (art.155, al.1)

constitutionnelles se déroulent conformément aux dispositions qui régissent la discussion et l'adoption des lois »²⁶.

Ainsi, en donnant la satisfaction au requérant, la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour contrôler non seulement la constitutionnalité des lois ordinaires, mais aussi celle des lois constitutionnelles. L'argument principal de la haute instance consiste à faire valoir que les lois constitutionnelles, elles aussi, sont, en dernière analyse, des lois. En d'autres termes, selon la Cour, il n'y a qu'une seule catégorie de *lois* au regard du contrôle de constitutionnalité. Car, à son avis, le mot « loi », comprend parfaitement la « loi constitutionnelle ». En effet, la Cour constate que la loi constitutionnelle du 6 novembre 1969 attaquée porte elle-même l'appellation de « loi », dans son texte publié au Journal officiel²⁷. Par conséquent la haute juridiction a estimé qu'elle peut statuer sur la constitutionnalité des *lois constitutionnelles* sans qu'elle ait besoin d'une compétence spéciale autre que celle qui lui est attribuée pour contrôler la constitutionnalité des *lois* dans l'article 147.

2. *La question de l'étendue de sa compétence.* – Après avoir répondu par l'affirmative à la question de savoir si elle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, une deuxième question s'est posée à la Cour constitutionnelle : celle de *l'étendue de sa compétence*. La Cour constitutionnelle peut-elle contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur forme que de leur contenu ?

a. *Le contrôle de forme.* – Concernant la question de savoir si la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme, la Cour a fait droit à l'argument du Parti requérant. Ainsi, la Cour constitutionnelle a affirmé qu'

« il est hors de doute que, pour qu'une loi prévoyant la révision de la Constitution ait réellement un tel effet, c'est-à-dire pour qu'elle modifie ou supprime un principe constitutionnel, ou bien pour qu'elle pose un nouveau principe constitutionnel, elle doit être proposée conformément aux dispositions de l'article 155, délibérée et adoptée par les assemblées législatives conformément à ces mêmes dispositions. Un texte qui n'a pas été mis en place conformément à ces règles ne peut avoir aucun effet sur les dispositions existantes de la Constitution. De même une nouvelle disposition qui n'a pas été édictée conformément à ces règles ne peut pas être considérée comme une norme de qualité et de force constitutionnelle.

C'est pourquoi, les lois prévoyant la révision de la Constitution, elles aussi, doivent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle à l'effet de savoir si elles ont été proposées et adoptées conformément à la procédure et aux conditions prévues dans l'article 155 »²⁸.

Ainsi, la Cour s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*. Le contrôle de la régularité formelle des lois constitutionnelles consistait, selon la Cour constitutionnelle, à vérifier si elles ont été proposées, délibérées et adoptées conformément aux règles de forme prévues dans l'article 155 de la Constitution ; c'est-à-dire la proposition par un tiers

26. *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.322.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale, l'interdiction d'en délibérer selon la procédure d'urgence et l'adoption à la majorité des deux tiers (art.155, al.1).

b. Le contrôle de fond. – Dans cette décision, en donnant toujours la satisfaction à l'auteur de la saisine, la Cour constitutionnelle s'est encore reconnue la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*. La motivation de la Cour constitutionnelle était la suivante :

« La Constitution de 1961, dans son article 9, pose un principe d'intangibilité. Selon cet article 'la disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République ne peut être modifiée, ni sa modification proposée'.

Il est évident que le principe d'intangibilité ne vise pas seulement le mot 'république'. C'est-à-dire qu'il est impossible de concilier ce principe avec l'idée selon laquelle la Constitution permet de réviser tous principes et règles en dehors de l'intangibilité du mot 'république'. Car, le but du principe de l'intangibilité exprimé dans l'article 9 est de protéger le système de l'Etat, exprimé par le mot 'république', dont les caractéristiques sont déterminées par les principes fondamentaux trouvant dans les articles 1 et 2 et dans le préambule auquel fait référence l'article 2. En d'autres termes, ce qui est intangible n'est pas le mot 'république', mais le 'régime républicain' dont les caractéristiques sont définies dans les articles précités. Alors, la proposition et l'adoption d'une révision constitutionnelle qui établirait, tout en gardant le mot 'république', un régime incompatible avec les principes fondamentaux de la Constitution de 1961 serait contraire à la Constitution.

C'est pourquoi, une loi prévoyant la révision de l'un de ces principes ou une loi qui a pour objet de modifier ces principes directement ou indirectement par les révisions dans les autres articles de la Constitution ne peut pas être proposée et adoptée. Une loi qui a été adoptée contrairement à ces principes ne peut avoir aucun effet sur les dispositions existantes de la Constitution.

Il résulte de tout ce qui est dit que la Cour constitutionnelle a la tâche, en vertu de l'article 147, de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond.

Pour ces raisons, les lois constitutionnelles doivent pouvoir être contrôlées par la Cour constitutionnelle non seulement sur la forme, mais aussi quant au fond »²⁹.

Comme on le voit, dans cette décision, la Cour constitutionnelle s'est déclarée encore compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*. Elle fonde sa compétence sur l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Cependant la Cour interprète cette interdiction d'une façon très large. En effet, selon la haute juridiction, cette interdiction ne vise pas seulement le mot « république », mais aussi le « régime républicain » dont les caractéristiques sont définies dans les articles 1, 2 et dans le préambule de la Constitution. En d'autres termes, ce qui est intangible n'est pas seulement le mot « république », mais aussi les principes fondamentaux se trouvant dans les articles précités. Alors, la proposition et l'adoption d'une révision constitutionnelle qui établirait, tout en gardant le mot « république », un régime incompatible avec les principes fondamentaux de la Constitution de 1961 serait

29. *Ibid.*, p.323. Quatre membres de la Cour (Fazil Uluocak, Salim Basol, Celalettin Kuralmen et Halit ZARBUN) pensent que la Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. Pour leur opinion dissidente voir, *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.334-337. Signalons qu'à cette époque la Cour constitutionnelle turque se composait de quinze membres.

contraire à la Constitution. Ainsi selon la Cour constitutionnelle, une loi prévoyant la révision de l'un de ces principes ne peut pas être proposée. Mais si elle a été proposée et adoptée, elle ne peut avoir aucun effet sur les dispositions existantes de la Constitution. Par conséquent, elle doit être annulée par la Cour constitutionnelle.

En conséquence, la Cour constitutionnelle se considère comme compétente pour contrôler la conformité du contenu des lois constitutionnelles non seulement à la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 1, mais aussi aux principes définis dans l'article 2 de la Constitution (Etat de droit démocratique, laïque, social, national etc.).

* * *

B. Le fond de l'affaire.— Ensuite, après s'être reconnue la compétence de contrôler les lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu, la Cour constitutionnelle turque s'est mise à examiner la conformité de la loi constitutionnelle n°1188 du 6 novembre 1969 à la Constitution.

La Cour a d'abord contrôlé la *régularité formelle* de la loi constitutionnelle en question. En d'autres termes, la Cour a vérifié si cette loi constitutionnelle a été adoptée conformément aux règles de forme prévues dans l'article 155 de la Constitution. C'est pourquoi voyons d'abord les dispositions de l'article 155 de la Constitution de 1961.

Article 155.— La révision de la Constitution peut être proposée par un tiers au mois du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie, et ce, par écrit. Les propositions de révision de la Constitution ne peuvent faire l'objet de la procédure d'urgence. Elles ne peuvent être adoptées qu'à la majorité des deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée.

En dehors des conditions énoncées à l'alinéa 1^{er}, la discussion et l'adoption des propositions de révisions constitutionnelles se déroulent conformément aux dispositions qui régissent la discussion et l'adoption des lois.

Et le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale prévoyait deux délibérations sur la proposition des lois. Le premier portait sur l'ensemble de la proposition et le deuxième sur les articles. La loi de révision constitutionnelle en question a été votée en première lecture par les deux tiers au moins du nombre total des membres de l'Assemblée, comme le prévoyait l'article 155 de la Constitution. Par contre, la deuxième lecture comportait deux phases. Dans la première, l'Assemblée votait les articles de la proposition un à un ; dans la deuxième, l'ensemble de la proposition.

Dans notre cas, l'Assemblée nationale a voté les articles à la majorité simple, et ensuite l'ensemble de la proposition à la majorité de deux tiers. En d'autres termes, l'Assemblée n'a exigé la majorité de deux tiers que dans la dernière phase de la deuxième lecture. Or, selon la Cour constitutionnelle, non seulement l'ensemble de la proposition, mais aussi ses articles devaient être votés à la majorité de deux tiers, comme le prévoyait l'article 155 de la Constitution. Par conséquent, la Cour constitutionnelle a conclu que la loi constitutionnelle en question n'a pas

été adoptée conformément à la Constitution. Ainsi la Cour, par 8 voix contre 7, a *prononcé l'annulation* de la loi constitutionnelle du 6 novembre 1969³⁰.

Puisque la loi constitutionnelle a été déjà annulée quant à la forme, sur les autres points ainsi que du point de vue de sa régularité matérielle, la Cour constitutionnelle a décidé qu'il n'y avait pas lieu à statuer³¹.

Ainsi la Cour constitutionnelle turque a contrôlé pour la première fois la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle 8 ans seulement après de sa fondation. Parmi les pays étudiés, cette décision est la première décision d'annulation d'une loi constitutionnelle.

Cette décision a suscité de vives critiques dans la doctrine turque de droit constitutionnel et même à l'intérieur de la Cour, comme l'atteste le nombre des opinions dissidentes. Nous allons voir la critique de cette décision plus tard.

b. La décision n° 1971-37 du 3 avril 1971, *Report des élections du Sénat*³²

La Constitution de 1961 a été révisée pour la deuxième fois par la loi constitutionnelle n°1254 du 17 avril 1970³³. Cette loi reportait les élections du Sénat pour un an et quatre mois.

La Cour constitutionnelle a été saisie par le Parti travailliste de Turquie aux fins d'appréciation de la conformité de cette loi constitutionnelle à la Constitution. Ainsi, la Cour constitutionnelle turque a trouvé aussi l'occasion de se prononcer sur la deuxième révision de la Constitution de 1961.

Voyons d'abord les arguments de l'auteur de la saisine, ensuite le jugement de la Cour.

Les arguments de l'auteur de la saisine

Puisque la Cour constitutionnelle s'est déjà déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, le Parti travailliste de Turquie, cette fois-ci, sans avoir invoqué les arguments en faveur de la compétence de la Cour constitutionnelle, a développé directement les arguments tendant à montrer l'inconstitutionnalité de la loi constitutionnelle en question.

D'abord, le requérant soutenait que la loi constitutionnelle en question était inconstitutionnelle *quant à sa forme*, car elle avait été adoptée contrairement à la

30. *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.325-332. Les juges minoritaires sont Lutfi Ömerbas, Feyzullah Uslu, Hakki Ketenoglu, Fazil Uluocak, Ihsan Ecemis, Halit Zarbun et Mustafa Karaoglu. Pour leur opinion dissidente voir, *Ibid.*, p.333-340.

31. *Ibid.*, p.332.

32. Cour constitutionnelle turque, décision n° 1971-37 du 3 avril 1971, (*Report des élections du Sénat*), *A.M.K.D.*, n° 9, 1972, p.416-449.

33. *Resmi Gazete* [Journal officiel], n° 13578 du 22 avril 1970.

disposition de l'article 155 prévoyant que « les propositions de révision constitutionnelle ne peuvent faire l'objet de la procédure d'urgence »³⁴.

Ensuite, selon le Parti travailliste, « la loi constitutionnelle en question était en contradiction ouverte avec les articles 73 et 74 de la Constitution »³⁵.

Par ailleurs le requérant prétendait que

« cette loi est complètement contraire à l'esprit général de la Constitution, car elle permet aux sénateurs, par leurs propres voix, de prolonger le durée de leur fonction, et ainsi de recevoir leur salaire encore pendant un an et quatre mois »³⁶.

La décision de la Cour

La Cour constitutionnelle a d'abord examiné la question de savoir si elle était compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles et ensuite la régularité formelle et matérielle de la loi constitutionnelle en question.

1. Sur la question de savoir si elle était compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. - a) La Cour constitutionnelle, cette fois, n'a pas examiné la question de savoir si elle était compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*. Il semble que la Cour constitutionnelle s'est considérée comme compétente pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, car elle est passée directement à l'examen de la régularité formelle de la loi constitutionnelle.

b) Par contre la Cour constitutionnelle a examiné de nouveau la question de savoir si elle était compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*. A ce propos, d'abord, la Cour a réaffirmé qu'elle était compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles du point de vue de leur régularité matérielle. Dans cette décision, la Cour a répété essentiellement l'argument qu'elle avait utilisé dans la décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (*Restitution des droits politiques*). Mais il semble qu'elle ait utilisé cette fois-ci un critère encore plus vaste que celui invoqué dans la décision précédente :

« L'ordre constitutionnel comporte de telles institutions et de tels droits et devoirs que, s'ils sont liés aux principes contraires aux nécessités de la civilisation contemporaine, cet ordre pourrait s'effondrer dans son ensemble. Par exemple, la modification de l'article 1 de la Constitution prévoyant que 'l'Etat turc est une république' détruit le fondement de la structure de la Constitution. C'est pourquoi, l'article 9 spécifie que la révision de cette disposition ne peut être proposée. La forme républicaine de l'Etat est un ensemble de principes avec des institutions, des droits et devoirs fondamentaux. Alors il résulte tant des dispositions expresses de la Constitution que de son esprit et de sa philosophie que les révisions qui supprimeraient la forme républicaine de l'Etat ne puissent pas être réalisées. C'est pourquoi, il ne faut pas croire que l'on peut réviser les dispositions de la Constitution autres que celle de la forme de l'Etat, sans aucune condition.

34. Décision n° 1971-37 du 3 avril 1971, *A.M.K.D.*, n° 9, 1972, p.416-417.

35. *Ibid.*, p.418.

36. *Ibid.*, p.419.

Le fait que les révisions constitutionnelles portent atteinte à la cohérence et à la systématique des dispositions fondamentales de la Constitution détruit la structure juridique dans son ensemble. Dans ce cas, le fait que la Cour constitutionnelle protège la Constitution contre la domination de la majorité, en exerçant les compétences et les tâches qui lui sont attribuées par l'article 147, est conforme en particulier au préambule et aux dispositions des articles 2, 4 et 8 de la Constitution. Par conséquent, l'idée selon laquelle les révisions constitutionnelles ne sont pas soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle quant au fond est privée de fondement constitutionnel »³⁷.

Comme nous l'avons vu dans la décision « *Restitution des droits politiques* », la Cour s'est déjà déclarée compétente pour contrôler la conformité des lois constitutionnelles non seulement à la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 1 de la Constitution, mais aussi aux principes exprimés dans l'article 2. Dans cette décision la Cour constitutionnelle, en allant encore plus loin, a affirmé qu'elle doit contrôler aussi *la conformité des lois constitutionnelles aux « nécessités de la civilisation contemporaine »*. D'ailleurs, la Cour déclare, dans cette décision, qu'elle peut examiner les lois constitutionnelles sur le point de savoir si elles portent atteinte ou non à la *cohérence et à la systématique de l'ordre constitutionnel*. Ainsi selon la haute juridiction, la modification de la forme républicaine de l'Etat n'est qu'un exemple des révisions constitutionnelles interdites, mais celles-ci ne consistent pas en l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution : les révisions constitutionnelles contraires aux principes exprimés dans les articles 1, 2 et dans le préambule de la Constitution, et ainsi qu'aux nécessités de la civilisation contemporaine, et enfin les révisions constitutionnelles qui détruisent la cohérence de l'ordre constitutionnel sont interdites.

Nous allons critiquer plus tard la motivation de la Cour constitutionnelle. Mais signalons toute de suite que les critères tels que les « nécessités de la civilisation contemporaine » ou la « cohérence de l'ordre constitutionnel » sont difficilement appréciables. En effet, la Cour constitutionnelle avait fait déjà référence à ces critères dans une décision rendue en 1965³⁸. Nous ne commenterons pas cette décision, car dans cette affaire, la Cour a contrôlé la constitutionnalité d'une loi ordinaire et non pas celle d'une loi constitutionnelle. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a, pour la première fois, développé la thèse selon laquelle la Constitution ne permet pas certaines révisions constitutionnelles :

« On ne peut pas penser que l'Assemblée constituante qui a préparé l'article 155 et la nation turque qui l'a adopté ont accepté que l'on puisse, par l'application de cet article, supprimer la Constitution et détruire l'Etat de droit dont les caractéristiques sont définies par elle et établir un régime diamétralement opposé à celui-ci. Il est évident que l'article 155 a été adopté dans le but de permettre des révisions constitutionnelles qui sont conformes à l'esprit de la Constitution, et qui ont pour objet d'élever la société turque au niveau le plus avancé de la civilisation. Par contre, les révisions constitutionnelles laissant en arrière la société turque, détruisant les libertés et droits fondamentaux, anéantisant l'Etat de droit, en un mot supprimant *l'essence de la Constitution de 1961* ne peu-

37. *Ibid.*, p.428-429.

38. Décision n°1965-40, *A.M.K.D.*, n°4, 1965, p.329.

vent être considérées comme des 'révisions constitutionnelles' et par conséquent, elles ne peuvent être réalisées par l'application de l'article 155 »³⁹.

Ainsi la Cour constitutionnelle a affirmé, dans cette décision, que pour qu'une révision constitutionnelle soit valable, non seulement elle doit être réalisée conformément à la procédure de révision prévue à cet effet, mais aussi le contenu de cette révision doit être conforme à l'« essence de la Constitution de 1961 ».

2. *Sur la régularité de la loi constitutionnelle en question.* – a) *La régularité formelle.* – La Cour constitutionnelle a examiné d'abord la question de savoir si la loi constitutionnelle en question est contraire à la Constitution du point de vue de sa forme. La Cour a rejeté l'argument du requérant selon laquelle la loi constitutionnelle en question a été adoptée contrairement à la disposition de l'article 155 prévoyant que « les propositions de révision constitutionnelle ne peuvent faire l'objet de la procédure d'urgence »⁴⁰. D'ailleurs la Cour constitutionnelle n'a constaté aucune autre irrégularité de procédure dans la proposition et l'adoption de la loi constitutionnelle n°1254 du 17 avril 1970⁴¹.

b) *La régularité matérielle.* – Ensuite la Cour constitutionnelle a contrôlé la constitutionnalité de la loi constitutionnelle en question *quant au fond*, c'est-à-dire qu'elle a vérifié la conformité de cette loi constitutionnelle aux principes précités. La Cour a estimé que le contenu de cette loi n'est en contradiction ni avec les principes fondamentaux de la Constitution, ni avec le principe de l'intangibilité de la forme républicaine lui-même⁴².

Ainsi pour ces motifs, la Cour constitutionnelle a décidé :

« 1. La loi constitutionnelle n°1254 du 17 avril 1970 modifiant l'article 73 de la Constitution n'est pas contraire à la Constitution quant à sa forme et par conséquent le recours est rejeté sur la forme par 10 voix⁴³ contre 5⁴⁴ ;

2. La Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond par 13⁴⁵ voix contre 2⁴⁶;

3. La loi constitutionnelle en question n'est pas contraire à la Constitution quant au fond et par conséquent le recours est rejeté quant au fond par 11 voix⁴⁷ contre 4⁴⁸ »⁴⁹.

39. *Ibid.*

40. Décision n° 1971-37 du 3 avril 1971, *A.M.K.D.*, n° 9, 1972, p.422-426.

41. *Ibid.*, p.426.

42. *Ibid.*, p.429-430.

43. Hakki Ketenoglu, Fazil Uluocak, Sait Koçak, Muhittin Taylan, Ihsan Ecemis, Halit Zarbun, Kani Vrana, Lûtfi Ömerbas, Sevket Müftigil et Ahmet H. Boyacioglu.

44. Avni Givda, Sahap Ariç, Recai Seçkin, Ahmet Akar et Muhittin Gürün.

45. Hakki Ketenoglu, Avni Givda, Sait Koçak, Muhittin Taylan, Sahap Ariç, Ihsan Ecemis, Recai Seçkin, Ahmet Akar, Kani Vrana, Muhittin Gürün, Lûtfi Ömerbas, Sevket Müftigil et Ahmet H. Boyacioglu.

46. Fazil Uluocak et Halit Zarbun.

47. Hakki Ketenoglu, Fazil Uluocak, Muhittin Taylan, Sahap Ariç, Ihsan Ecemis, Recai Seçkin, Halit Zarbun, Kani Vrana, Lûtfi Ömerbas, Sevket Müftigil et Ahmet H. Boyacioglu.

48. Avni Givda, Sait Koçak, Ahmet Akar et Muhittin Gürün.

49. Décision n° 1971-37 du 3 avril 1971, *A.M.K.D.*, n° 9, 1972, p.431.

Après avoir ainsi vu la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles avant 1971, maintenant nous pouvons passer à la critique de cette jurisprudence.

2. Critique

Nous allons critiquer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à travers les six questions suivantes :

- la question de la compétence ;
- la question du contrôle de forme ;
- la question du contrôle de fond ;
- la question de savoir si la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux limites matérielles à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans le texte de la Constitution ;
- la question de savoir si la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux limites matérielles à la révision inscrites dans le texte de la Constitution ;
- la question de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.

Pour toutes ces questions, nous allons d'abord montrer en quels termes la *question* est posée à la Cour constitutionnelle, ensuite la *réponse* donnée par la Cour constitutionnelle à cette question, puis les *critiques* adressées à cette réponse et enfin nous allons essayer de faire une *appréciation générale* de la question.

a. La question de compétence

La question posée. – Les lois constitutionnelles peuvent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle ?

L'alinéa 1 de l'article 147 de la Constitution de 1961 confère à la Cour constitutionnelle la compétence de contrôler la conformité à la Constitution des *lois*. D'autre part, les révisions constitutionnelles elles aussi portent l'appellation de « lois », malgré leur nature constitutionnelle. Alors, la Cour constitutionnelle est-elle compétente pour contrôler la constitutionnalité de ces « lois », comme celle des lois ordinaires ?

La réponse de la Cour. – La Cour constitutionnelle a répondu à cette question par l'affirmative.

Selon la Cour constitutionnelle, les lois constitutionnelles peuvent être soumises à son contrôle, car, ces lois aussi, sont, en dernière analyse, des *lois*. En d'autres termes, d'après la Cour, il n'y a qu'une seule catégorie de *loi* au regard de son contrôle. Elle affirme que le mot « loi », comprend parfaitement la « loi constitutionnelle ». En effet, la Cour constate que la loi constitutionnelle du 6 novembre 1969 attaquée porte elle-même le nom de « loi », dans son texte publié au journal officiel. Par conséquent la haute juridiction a estimé qu'elle peut statuer sur la constitutionnalité des *lois constitutionnelles* sans qu'elle ait besoin d'une compé-

tence spéciale autre que celle qui lui est attribuée pour contrôler la constitutionnalité des *lois* dans l'article 147. Ainsi la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Maintenant voyons les critiques adressées à la réponse de la Cour constitutionnelle.

Les critiques adressées à la réponse de la Cour constitutionnelle. – Nous allons voir d'abord la critique adressée à la réponse de la Cour constitutionnelle par ses membres minoritaires dans leurs opinions dissidentes. Ensuite nous allons donner les critiques développées par la doctrine.

Les critiques adressées par les membres minoritaires de la Cour constitutionnelle. – Dans les décisions de la Cour constitutionnelle turque, sont toujours indiqués non seulement les noms des juges participant à la délibération du jugement, mais aussi ceux des juges dissidents. De même, les décisions de la Cour constitutionnelle comprennent toujours les exposés des opinions dissidentes. Par conséquent, la première critique de la décision est fournie naturellement par les opinions des juges minoritaires. Nous aussi nous allons ici commencer à la critique des décisions de la Cour par l'exposé des opinions dissidentes.

Dans la décision de la Cour constitutionnelle turque n°1970-31 du 16 juin 1970, *Restitution des droits politiques*, parmi les quinze juges composant la Cour, un seul juge, Fazil Uluocak, a soutenu que la Cour constitutionnelle est incompétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Selon le juge dissident,

« la compétence de la Cour constitutionnelle consiste à contrôler la conformité à la Constitution des lois et des Règlements intérieurs des Assemblées législatives. La proposition de révision constitutionnelle et l'adoption de cette proposition sont soumises à la procédure et aux conditions déterminées dans la Constitution. Une révision constitutionnelle réalisée conformément à cette procédure fait partie intégrante du texte de la Constitution. Par conséquent, les recours en annulation concernant les révisions constitutionnelles restent en dehors de la compétence de la Cour constitutionnelle »⁵⁰.

Ainsi le juge Fazil Uluocak voit une différence de nature entre les « lois » et les « révisions constitutionnelles ». Et selon lui, la Cour constitutionnelle a reçu la compétence de contrôler la constitutionnalité des « lois », et non pas des « révisions constitutionnelles ». Par conséquent, les révisions constitutionnelles ne peuvent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle.

Les critiques adressées par la doctrine. – Maintenant voyons les critiques adressées par la doctrine à la réponse de la Cour constitutionnelle à la question de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle.

50. L'exposé de l'opinion dissidente de Fazil Uluocak dans la décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (*Restitution des droits politiques*), *A.M.K.D.*, n°8, 1971, p.313-340.

Rona Serozan approuve entièrement la réponse de la Cour constitutionnelle. D'après lui, l'argument selon lequel l'article 147 qui détermine la compétence de la Cour constitutionnelle, stipulant que « la Cour constitutionnelle contrôle la conformité à la Constitution des lois et des Règlements intérieurs des assemblées », confère à la Cour constitutionnelle la compétence de contrôler seulement la constitutionnalité des « lois » et non pas celle des « révisions constitutionnelles » n'est pas fondé, car les actes par lesquels la Grande Assemblée nationale révisé la Constitution sont considérés comme lois. Alors, la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité non seulement des lois ordinaires, mais aussi des lois modifiant la Constitution. Quant à la question de savoir pourquoi l'article 147 ne mentionne pas les lois modifiant la Constitution, Rona Serozan affirme que

« le fait que les lois de révision constitutionnelle sont soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle comme toutes autres lois est tellement évident que le constituant n'a pas estimé nécessaire de poser une règle de compétence spéciale »⁵¹.

Les autres auteurs discutent la question de savoir si la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, en faisant toujours une distinction entre le contrôle de forme et contrôle de fond. Nous allons voir leurs critiques plus bas.

Appréciation générale de la question. – A notre avis, il faut chercher la réponse positive à la question de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle. D'abord, comme on l'a expliqué, l'article 147 de la Constitution de 1961 confère à la Cour constitutionnelle la compétence de « contrôler la conformité à la Constitution des lois et des règlements intérieurs des Assemblées ». Ainsi dans cet article « les lois constitutionnelles », ne sont pas mentionnées. Alors pour que les lois constitutionnelles soient soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle, il faut montrer que les lois constitutionnelles peuvent être considérées comme « lois » mentionnées dans l'article 147 de la Constitution de 1961.

En d'autres termes, la question de savoir si la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles se transforme en celle de savoir si les lois constitutionnelles peuvent être considérées comme « lois » au sens de l'article 147 de la Constitution. C'est-à-dire qu'il faut d'abord répondre à la question de savoir si l'expression « lois » utilisée dans l'article 147, al.1, de la Constitution de 1961 englobe non seulement les « lois ordinaires », mais aussi les « lois constitutionnelles ».

Il faut donc *interpréter* le mot « lois » utilisé dans l'article 147 qui détermine la compétence de la Cour constitutionnelle. Sans doute chacun peut interpréter ce mot, comme il l'entend. En droit seulement l'une de ces interprétations peut être valable ; les autres ne sont que des opinions personnelles. Alors, il faut choisir l'interprétation authentique, c'est-à-dire celle qui ne peut être juridiquement

51. Rona Serozan, « Anayasayı Degistirme Yetkisinin Sinirlari » [Les limites de la compétence de révision constitutionnelle], *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* [Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul], Vol.XXXVII, n°1-4, 1972, p.140.

contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques.

Alors déterminons l'interprétation authentique du mot « lois » utilisé dans l'article 147. Dans le système de la Constitution turque de 1961, l'interprétation donnée à la Constitution par la Cour constitutionnelle est authentique, car, les décisions de la Cour constitutionnelle sont définitives, il n'existe pas de voie de recours contre ses décisions, et celle-ci lie tous les organes de l'Etat (art.152 de la Constitution de 1961). En d'autres termes, nul ne pourrait contester juridiquement l'interprétation de la Cour constitutionnelle, d'une part parce qu'il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait la confronter, d'autre part parce qu'elle n'est pas annulable et produit des effets juridiques quel que soit le contenu de cette interprétation.

Et la Cour constitutionnelle turque a interprété le mot « lois » utilisé dans l'article 147 qui détermine sa compétence, comme englobant non seulement les « lois ordinaires », mais aussi les « lois constitutionnelles ». Elle a dit clairement que les révisions constitutionnelles adoptées selon la procédure prévue par l'article 155 sont des lois. D'ailleurs le texte de la révision constitutionnelle du 6 novembre 1969 en question porte lui-même le nom de « loi »⁵².

Alors il nous reste à conclure que selon l'interprétation authentique de la Cour constitutionnelle, le mot « lois » employé dans l'article 147 de la Constitution qui détermine la compétence de la Cour constitutionnelle comprend aussi les « lois constitutionnelles ». Par conséquent, la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité non seulement des lois ordinaires mais aussi celle des lois constitutionnelles. Alors les lois constitutionnelles peuvent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle.

* * *

Après avoir répondu par l'affirmative à la question de savoir si la Cour constitutionnelle peut contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, une deuxième question se pose : c'est la *question de l'étendue du contrôle de la Cour constitutionnelle sur les lois constitutionnelles*.

En d'autres termes, sur quoi peut donc porter ce contrôle ? La Cour constitutionnelle peut-elle contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu ? Alors, il y a en effet deux questions qui se posent : celle du contrôle de forme et celle du contrôle de fond. Nous allons voir d'abord la première question, ensuite la deuxième.

b. La question du contrôle de forme

Le contrôle de forme consiste à vérifier si la loi constitutionnelle en question a été proposée et adoptée conformément aux règles de procédure prévues à cet effet

52. Décision n°1970-31 du 16 juin 1970, (Restitution des droits politiques), *A.M.K.D.*, n°8, 1971, p.322.

dans la Constitution. Par exemple, selon l'article 155 de la Constitution turque de 1961, la révision constitutionnelle doit être proposée par un tiers et adoptée des deux tiers au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale. Egalement selon l'article 155, les propositions de révision constitutionnelle ne peuvent faire l'objet de la procédure d'urgence. Alors le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme se limite à vérifier le respect de ces trois conditions.

La question posée. – La Cour constitutionnelle peut-elle contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme ? En d'autres termes, la Cour constitutionnelle peut-elle vérifier si la loi constitutionnelle a été proposée, délibérée et adoptée conformément aux trois conditions de forme prévues par l'article 155 de la Constitution ?

La réponse de la Cour. – La Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*. Car, selon la Cour, un texte qui n'a pas été proposé, délibéré et adopté conformément aux dispositions de l'article 155, ne peut avoir aucun effet sur les dispositions de la Constitution, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être considéré comme une norme de qualité et de force constitutionnelle. Par conséquent, les lois de révision constitutionnelle, elles aussi, doivent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle à l'effet de savoir si elles ont été proposées et adoptées conformément à la procédure et aux conditions prévues dans l'article 155⁵³.

Ainsi, la Cour s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*. Le contrôle de la régularité formelle des lois constitutionnelles consistait, selon la Cour constitutionnelle, à vérifier si elles ont été proposées, délibérées et adoptées conformément aux règles de forme prévues dans l'article 155 de la Constitution ; c'est-à-dire la proposition par un tiers au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale, l'interdiction d'en délibérer selon la procédure d'urgence et l'adoption à la majorité des deux tiers (art.155, al.1).

Les critiques adressées à la réponse de la Cour constitutionnelle. – Dans la doctrine turque de droit constitutionnel, les auteurs s'accordent sur le point de reconnaître à la Cour constitutionnelle la compétence de contrôle de la *constitutionnalité quant à la forme* des lois constitutionnelles⁵⁴.

53. *Ibid.*

54. En dehors de trois auteurs cités ci-dessous (notes 55, 56 et 57), voir : Burhan Kuzu, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler* [Les caractéristiques fondamentales de la Constitution de 1982 et ses nouveautés], Istanbul, Filiz Kitabevi, 1990, p.179 ; Mümtaz Soysal, « Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu » [La fonction et la situation de la justice constitutionnelle en Turquie], *Anayasa Yargısı* [Juridiction constitutionnelle], Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, p.92 ; A. Recai Seçkin, « Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme » [Un essai sur la définition de la notion de non-conformité à la constitution], *Kemal Fikret Arik'a Armagan* [Mélanges offerts à Kemal Fikret Arik, Ankara, 1973, p.451. Egalement pour un résumé des différentes idées doctrinales voir : A. Seref Hocaoglu et Ismet

Selon le professeur Ergun Özbudun,

« dans un pays où l'on admet le système du contrôle juridictionnel de la conformité à la constitution des lois, il est tout à fait normal que les révisions constitutionnelles soient soumises au contrôle de la constitutionnalité quant à la forme. Car, du point de vue de leur forme, les révisions constitutionnelles sont, en dernière analyse, des lois. Le fait que ces révisions sont effectuées contrairement aux règles de procédure et de forme déterminées dans la constitution signifie qu'il n'existe pas de volonté valablement exprimée du pouvoir constituant dérivé. Le pouvoir constituant originaire qui a fait la constitution, en déterminant la procédure de révision constitutionnelle, limite la compétence du pouvoir constituant dérivé quant à la forme. En d'autres termes, le pouvoir constituant dérivé ne peut exercer sa compétence de révision constitutionnelle qu'en respectant ces règles de procédure et de forme. Par conséquent, la cour qui est chargée de contrôler la constitutionnalité des lois peut se reconnaître la compétence de contrôler la conformité aux conditions de forme et de procédure déterminées dans la constitution des révisions constitutionnelles, même s'il n'y a pas de disposition expresse dans la constitution sur ce point »⁵⁵.

De même Cem Eroglu considère comme une solution la plus naturelle

« le fait qu'une cour suprême, étant le gardien de la constitution, vérifie si un acte qui modifie cette constitution a été réalisé conformément à sa procédure. Par exemple, si une révision constitutionnelle a été adoptée à la majorité non pas des deux tiers qui est nécessaire selon l'article 155, mais à moins que cette proportion, il est évident que cette révision constitutionnelle doit être annulée »⁵⁶.

Egalement Erdal Onar est du même avis :

« Puisque les révisions constitutionnelles sont réalisées par un acte nommé 'loi', même si celle-ci est soumise à un processus plus difficile, la Cour constitutionnelle peut vérifier naturellement si cette loi a été adoptée conformément aux procédures prévues dans la Constitution »⁵⁷.

Appréciation générale de la question. – A notre avis, après avoir admis que la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il ne reste pas de grande difficulté pour accepter que ce contrôle puisse porter sur la forme de la loi constitutionnelle. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle peut vérifier si la loi constitutionnelle a été adoptée conformément aux conditions de forme prévues à cet effet dans la Constitution.

La Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, et cette décision ne peut pas être contestée. Alors elle peut contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme.

Ocakçioğlu, *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi* [La Constitution et la Cour constitutionnelle], Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1971, p.160-169.

55. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* [Le droit constitutionnel turc], Ankara, Yetkin Yayınları, 3^e édition, 1993, p.133.

56. Eroglu, *Anayasayı Degistirme Sorunu* [La question de révision constitutionnelle], *op. cit.*, p.164.

57. Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Degistirme Sorunu* [La question de révision constitutionnelle sous la Constitution de 1982], Ankara, 1993, p.137-138.

Mais, en allant encore plus loin, la Cour constitutionnelle peut-elle contrôler le contenu même des lois constitutionnelles ?

c. La question du contrôle de fond

Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond consiste à confronter le contenu de ces lois aux limites de fond à la révision constitutionnelle.

La question posée. – La Cour constitutionnelle peut-elle contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond ? En d'autres termes, la Cour, en allant encore plus loin peut-elle examiner le contenu même des lois constitutionnelles ?

La réponse de la Cour. – La Cour a répondu à cette question encore par l'affirmative. Selon la Cour, elle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles non seulement quant à la forme, mais aussi sur le fond. La Cour constitutionnelle a dit, dans la décision n°1970-30 du 16 juin 1970 (*Restitution des droits politiques*), qu'elle « a la tâche, en vertu de l'article 147, de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond »⁵⁸. Dans la même décision encore, la Cour a affirmé que « les lois constitutionnelles doivent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu »⁵⁹.

En effet il faut voir ici sur quoi la Cour fonde sa compétence. Mais nous allons l'examiner plus bas dans une question à part.

Les critiques adressées à la réponse de la Cour constitutionnelle. – Nous allons voir d'abord la critique adressée à cette réponse de la Cour constitutionnelle par ses membres minoritaires dans leur opinion dissidente. Ensuite nous allons donner les critiques développées par la doctrine.

La critique adressée par les membres minoritaires de la Cour constitutionnelle. – Dans la décision n° 1971-37 du 3 avril 1971, (*Report des élections du Sénat*), deux juges, Fazil Uluocak et Halit ZARBUN ont affirmé l'incompétence de la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. L'exposé de l'opinion des juges dissidents est la suivante :

« La proposition et l'adoption des révisions de la Constitution sont soumises aux règles et aux conditions différentes de celles des lois ordinaires. Nous pensons que le contrôle de la constitutionnalité quant au fond des dispositions adoptées par les assemblées conformément à ces règles et conditions, et ainsi faisant partie intégrante du texte de la Consti-

58. Décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (*Restitution des droits politiques*), *A.M.K.D.*, n°8, 1971, p.323.

59. *Ibid.*

tution, dépasse la compétence de la Cour constitutionnelle. Pour cette raison, nous sommes en désaccord avec la conclusion des membres majoritaires »⁶⁰.

Les critiques adressées par la doctrine. – Plus haut, nous avons noté que plusieurs constitutionnalistes turcs acceptent que la Cour constitutionnelle puisse contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme. Cependant les mêmes auteurs sont très réticents quant au contrôle de fond des lois constitutionnelles. L'argument principal contre le contrôle de fond consiste à dire qu'une fois que la révision constitutionnelle a été réalisée conformément à sa procédure, elle devient une partie intégrante de la constitution. Et puisque le critère de contrôle de la Cour constitutionnelle est la constitution, il est impossible d'annuler cette révision constitutionnelle. Pour pouvoir annuler une telle révision, il faut trouver un critère en dehors de la constitution. Par conséquent, il est impossible de déterminer ce critère, sans faire recours aux notions du droit naturel⁶¹.

Par exemple, le professeur Ergun Özbudun, après avoir accepté que la Cour constitutionnelle puisse contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*, affirme que

« le contrôle de la conformité à la constitution des révisions constitutionnelles *quant au fond* est une question tout à fait différente. La révision constitutionnelle réalisée conformément aux règles de forme et de procédure est une norme constitutionnelle valable. Par conséquent, cette norme est devenue une norme de valeur égale à d'autres normes existantes du système constitutionnel. D'après quel critère une telle norme sera considérée comme conforme ou contraire à la constitution ? Dans la hiérarchie des normes, une norme ne pourrait être invalidée que si elle est contraire aux normes supérieures à elle. Entre les normes se trouvant au même niveau, il peut exister, non pas une relation de hiérarchie, mais une relation d'antériorité - postériorité du point de vue du temps, et une relation de généralité - spécialité du point de vue de son objet. C'est pourquoi, il est logiquement impossible de vérifier si une norme édictée conformément à sa procédure est conforme ou non à une autre norme constitutionnelle de même valeur »⁶².

Appréciation générale de la question. – A notre avis, après avoir admis que la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il n'y a pas de raison pour ne pas accepter que ce contrôle porte sur le fond des lois constitutionnelles. En effet, à notre avis, du point de vue de la compétence de la Cour constitutionnelle, il n'y a pas de différence entre le contrôle de forme et celui de fond. La différence entre ces deux types de contrôle se trouve à l'égard des règles de référence pour ces contrôles. Le contrôle de forme consiste à vérifier si la loi constitutionnelle en question a été proposée et adoptée conformément aux règles de forme prévues à cet effet dans la Constitution. C'est-à-dire, les règles de référence dans le contrôle de forme des lois constitutionnelles sont les dispositions de la constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle, autrement dit, les limites de forme.

60. L'exposé de l'opinion dissidente de Fazil Uluocak et Halit Zarbun dans la décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (Restitution des droits politiques), *A.M.K.D.*, n°8, 1971, p.313-340.

61. Cf. Eroglu, *Anayasayi Degistirme Sorunu* [La question de révision constitutionnelle], *op. cit.*, p.165 ; Özbudun, *op. cit.*, p.133.

62. Özbudun, *op. cit.*, p.133. Dans le même sens, voir Kuzu, *op. cit.*, p.179.

Par contre les règles de référence dans le contrôle de fond des lois constitutionnelles sont des dispositions de la Constitution qui déterminent le contenu des lois constitutionnelles. Nous les avons étudiées, dans la première partie, en tant que limites matérielles à la révision constitutionnelle. Alors le contrôle de fond des lois constitutionnelles consiste à vérifier si le contenu d'une loi constitutionnelle est conforme aux dispositions de la constitution qui lui imposent des limites matérielles. Autrement dit, il faut confronter le contenu de la loi de révision constitutionnelle aux dispositions intangibles de la Constitution. Par conséquent si, dans une constitution donnée, il y a des limites matérielles à la révision constitutionnelle, et si la cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, le contrôle de la cour peut porter sur le fond de ces lois.

En conséquence, il n'y a pas de raison pour de ne pas accepter le contrôle de fond, après avoir accepté celui de forme. Dans le contrôle de forme, on vérifie si la loi constitutionnelle est conforme aux limites formelles à la révision constitutionnelle ; et dans le contrôle de fond, on confronte le contenu de ces lois aux limites matérielles à la révision constitutionnelle.

* * *

En effet, la vraie question qui se pose ici est celle de déterminer les règles de références dans le contrôle de fond des lois constitutionnelles. En d'autres termes, en quoi consistent donc les limites matérielles par rapport auxquelles la Cour constitutionnelle peut vérifier la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Théoriquement, on peut envisager différentes règles de référence dans le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. En effet, chaque principe ou règle auquel fait référence la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle contrôle le contenu d'une loi constitutionnelle est une règle de référence dans le contrôle de fond. Et ces règles de référence, c'est-à-dire les limites matérielles à la révision constitutionnelle peuvent être divisées en deux groupes. D'abord ces limites matérielles peuvent être celles inscrites dans le texte constitutionnel, comme l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution turque de 1961. Mais il peut arriver qu'une cour constitutionnelle se réfère à des limites matérielles autres que celles inscrites dans le texte de la Constitution. En effet, comme nous l'avons vu dans la première partie, dans la doctrine, on a envisagé des limites à la révision constitutionnelle qui ne figurent pas dans les textes constitutionnels, comme des *limites supraconstitutionnelles*⁶³ ou comme *des limites découlant de l'esprit de la constitution*⁶⁴.

Exactement, comme nous l'avons vu plus haut, la Cour constitutionnelle turque a fait référence non seulement à la limite matérielle inscrite dans le texte de la Constitution de 1961 (art.9), mais aussi à d'autres limites matérielles qui ne figurent pas dans le texte constitutionnel. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle contrôle la conformité des lois constitutionnelles, d'une part à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, et

63. Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

64. Première partie, Titre 2, Chapitre 2.

d'autre part, à l'esprit de la Constitution ainsi qu'à certains principes supraconstitutionnels.

Il y a alors deux questions qui se posent :

- La Cour constitutionnelle peut-elle examiner le contenu des lois constitutionnelles à l'égard des limites matérielles à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution ? En d'autres termes, dans le contexte de la Constitution turque de 1961, la Cour constitutionnelle peut-elle contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution ?

- La Cour constitutionnelle peut-elle examiner le contenu des lois constitutionnelles à l'égard de limites matérielles à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans le texte de la Constitution ? En d'autres termes, dans le contexte de la Constitution turque de 1961, la Cour constitutionnelle peut-elle contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'esprit de la Constitution ou à d'autres principes ne trouvant pas leur source dans la Constitution⁶⁵ ?

Commençons par la deuxième question.

d. La question de savoir si la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux limites matérielles à la révision constitutionnelle non inscrites dans le texte de la Constitution

La question posée. – La Cour constitutionnelle peut-elle contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux limites matérielles à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans le texte de la Constitution ? En d'autres termes, les principes ne trouvant pas leur source dans la Constitution peuvent-ils être pris

65. Comme nous l'avons vu dans la première partie (Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2), selon certains auteurs, il y a une hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Si l'on admet cette thèse, on peut envisager que la Cour constitutionnelle puisse contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux dispositions de la Constitution occupant un rang supérieur dans cette hiérarchie. Dans l'affaire *Restitution des droits politiques* (décision n°1970-31 du 16 juin 1970), le Parti travailliste de Turquie, auteur de la saisine, a prétendu qu'il y a une hiérarchie entre les dispositions de la Constitution de 1961 (*A.M.K.D.*, n°8, 1971, p.314). Par contre la Cour constitutionnelle n'a pas répondu à cet argument. Cependant, dans la doctrine du droit constitutionnel turc, Yildizhan Yayla soutient que la Cour constitutionnelle, dans cette décision, établit une certaine hiérarchie entre les normes de la Constitution de 1961 (Yildizhan Yayla, « Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü » [L'essence de la République d'après la Cour constitutionnelle], *Hifzi Timur'un Anisina Armagan* [Mélanges offerts à la mémoire de Hifzi Timur], Istanbul, I.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, 1979, p.1002-1019). Or, comme le montre Fazil Sağlam, l'analyse de Yildizhan Yayla n'est pas fondée, de plus la citation que M. Yayla a faite pour prouver sa thèse est tirée, non pas de la décision de la Cour, mais de l'exposé des motifs du requérant (Fazil Sağlam, *Temel Hakların Sinirlanması ve Özü* [La limitation des droits fondamentaux et leur essence], Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, p.179). Nous pensons, avec Fazil Sağlam, que « l'on ne peut trouver aucune décision de la Cour constitutionnelle acceptant qu'il existe une hiérarchie entre les normes de la Constitution » (Sağlam, *op. cit.*, p.179).

comme des règles de référence dans le contrôle de fond des lois constitutionnelles ? Autrement dit la Cour constitutionnelle peut-elle confronter le contenu des lois constitutionnelles aux règles ou principes qui ne figurent pas dans le texte de la Constitution de 1961 ?

Comme nous l'avons noté dans l'exposé de la décision de la Cour constitutionnelle n°1970-31 du 16 juin 1970 (*Restitution des droits politique*), le Parti travailliste de Turquie, auteur de la saisine, en s'appuyant sur une conception jusnaturaliste, a prétendu que la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité aux principes supraconstitutionnels de la loi constitutionnelle en question. Selon le requérant

« il y a des principes fondamentaux supérieurs à la constitution et d'une façon générale, au droit positif. Ces principes se trouvent à l'origine des constitutions et traduisent une certaine conception du monde qui constitue l'idéologie dominante dans une société déterminée... Les constitutions tirent leur valeur et validité juridique de ces principes fondamentaux... Et à certains égards, les constitutions sont des documents qui réalisent ces principes... et qui les transforment en droit positif »⁶⁶.

La réponse de la Cour. – La Cour constitutionnelle turque n'a pas répondu à ce moyen du requérant dans la décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (*Restitution des droits politiques*). Cependant, dans la décision n°1971-37 du 13 avril 1971 (*Report des élections du Sénat*), elle a affirmé qu'elle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles non seulement à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, mais aussi à d'autres principes ou règles. Dans cette décision la Cour constitutionnelle a affirmé que les révisions constitutionnelles doivent être conformes aux « *nécessités de la civilisation contemporaine* »⁶⁷. D'ailleurs la Cour a déclaré que les révisions constitutionnelles

66. Pour les moyens invoqués par le Parti travailliste de Turquie, voir l'exposé des motifs de l'auteur de la saisine reproduit dans la décision du 16 juin 1970, *A.M.K.D.*, n°8, 1971, p.313-319.

67. Décision n°1971-37 du 13 avril 1971 (*Report des élections du Sénat*), *A.M.K.D.*, n°9, 1972, p.428.

Il nous semble que la Cour constitutionnelle en utilisant cette notion de « *nécessités de la civilisation contemporaine* », s'est référée, d'ailleurs sans le savoir, à la thèse de l'« *intangibilité relative* » qui a été développée, dans les anciens pays socialistes à propos des limites à la révision constitutionnelle. Selon cette conception, dans les constitutions socialistes, il n'y a pas de place pour les « *normes constitutionnelles absolument inchangeables* ». Mais, les dispositions de la constitution socialiste peuvent être révisées *dans un sens seulement*, c'est-à-dire dans le sens du socialisme et du communisme. Stefan Rozmaryn les appelle « *dispositions relativement immuables* » (Paolo Biscaretti Di Ruffia et Stefan Rozmaryn, *La constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Paris, Torino, L.G.D.J., Libreria Scientifica, 1966, p.117).

Par exemple, en Pologne, à l'époque socialiste, selon cette thèse, les dispositions de la Constitution concernant l'évolution du système socio-économique et politique vers le socialisme étaient considérées comme *relativement intangibles*. Ainsi, si la révision constitutionnelle avait pour objet de développer les relations socio-politiques *vers* le socialisme, elle était possible, mais si ce n'était pas le cas, elle était interdite. Voir Kazimierz Dziakocha, « *Hierarchy of Constitutional Norms and its Function of Protection of Basic Rights* » (Polish Report, VIIIth Conference of European Constitutional Courts, Ankara, 7-10 may 1990), in *Hierarchy of Constitutional Norms and its Function of Protection of Basic Rights*, Ankara, Publications of the Constitutional Court of Turkey, 1990, vol.IV, p.338.

ne doivent pas porter atteinte à la « *cohérence et à la systématique de la Constitution* »⁶⁸. Par conséquent, selon la haute juridiction, de telles révisions constitutionnelles doivent être annulées par elle.

En effet, la Cour constitutionnelle avait déjà développé sa thèse de supraconstitutionnalité dans une décision rendue en 1965⁶⁹. Dans cette décision la Cour a affirmé que, par voie de révision constitutionnelle, on ne peut pas « supprimer la Constitution et détruire l'Etat de droit ». De même les révisions constitutionnelles doivent être conformes à l'« *esprit de la Constitution* », et avoir pour objet d'« *élever la société turque au niveau le plus avancé de la civilisation* ». Par contre, selon la Cour constitutionnelle, « les révisions constitutionnelles laissant en arrière la société turque, détruisant les *libertés et droits fondamentaux*, anéantissant l'*Etat de droit*, en un mot supprimant l'*essence de la Constitution* de 1961 » ne peuvent être réalisées en l'application de l'article 155 de la Constitution de 1961⁷⁰.

Les critiques adressées à la réponse de la Cour constitutionnelle. – Hüseyin Nail Kubali⁷¹, Coskun San⁷², Rona Serozan⁷³ et Ekrem Serim⁷⁴ approuvent la réponse de la Cour constitutionnelle. En effet selon ces auteurs, il y a des limites non seulement formelles, mais aussi matérielles qui s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Par exemple, selon Coskun San, le pouvoir de révision constitutionnelle est lié non seulement par les limites inscrites dans le texte constitutionnel⁷⁵, mais aussi et surtout par l'« *essence des droits fondamentaux* »⁷⁶, par le « *principe de la séparation des pouvoirs* »⁷⁷ et également par « *certaines limites se trouvant en dehors et au-dessus de la constitution* »⁷⁸. Coskun San pense encore que pour l'efficacité du contrôle de la constitutionnalité, la Cour constitutionnelle doit pouvoir contrôler la constitutionnalité non seulement des lois ordinaires, mais aussi

De même, il semble que, selon la Cour constitutionnelle turque, la Constitution peut être révisée *dans un sens seulement*, c'est-à-dire, dans le *sens de la civilisation contemporaine*.

68. « Le fait que les révisions constitutionnelles portent atteinte à la cohérence et à la systématique des dispositions fondamentales de la Constitution détruit la structure juridique dans son ensemble » (Décision n°1971-37 du 13 avril 1971 (Report des élections du Sénat), *A.M.K.D.*, n°9, 1972, p.429).

69. Décision n°1965-40, *A.M.K.D.*, n°4, 1965, p.329.

70. *Ibid.*

71. Hüseyin Nail Kubali, *Anayasa Hukuku Dersleri* [Leçons de droit constitutionnel], Istanbul, Kutulmus Matbaası, 1971, p.105 ; « *Anayasa Degisikligi* » [La révision constitutionnelle], *Milliyet*, 8 septembre 1971.

72. Coskun San, *Anayasa Degisiklikleri ve Anayasa Gelismeleri* [Révisions et évolutions constitutionnelles], Ankara, Ankara Iktisadi ve Ticari Ilimler Akademisi Yayinlari, 1974, p.134-135.

73. Serozan, *op. cit.*, p.136, 138-139.

74. Ekrem Serim, « *Anayasayi Degistirme Sorunu* » [La question de révision constitutionnelle], *Ankara Barosu Dergisi* [Revue du Barreau d'Ankara], Vol.34, 1977, n°1, p.35, 37.

75. San, *op. cit.*, p.80-81.

76. *Ibid.*, p.84-85.

77. *Ibid.*, p.88.

78. *Ibid.*, p.88-89.

des lois constitutionnelles⁷⁹. En se référant à la théorie des « normes constitutionnelles inconstitutionnelles » d'Otto Bachoff⁸⁰, Coskun San affirme que la Cour constitutionnelle doit annuler les lois constitutionnelles « illégitimes »⁸¹, les lois constitutionnelles contraires aux « règles supérieures du droit »⁸². Ainsi les auteurs, qui acceptent la limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle, montrent ces décisions de la Cour constitutionnelle comme une preuve démontrant le bien-fondé de leur thèse⁸³.

Egalement, un autre auteur, Mehmet Akad, approuve le critère des « nécessités de la civilisation contemporaine ». Selon l'auteur, dans cette notion se cachent des éléments « qui peuvent répondre aux demandes socio-économiques de la société »⁸⁴. M. Akad affirme que la notion de « nécessités de la civilisation contemporaine » est une notion dynamique et ouverte aux changements⁸⁵. Ainsi d'après lui,

« la Cour constitutionnelle, en acceptant une forme de l'Etat reposée sur les conditions de la civilisation contemporaine, détermine un système *tourné vers* l'avenir et interdit le retour en arrière de cette base. Par conséquent, les propositions de révision constitutionnelle doivent être toujours *dans la direction*⁸⁶ d'avancer le « modèle de l'Etat social »⁸⁷.

Par contre la majorité de la doctrine turque du droit constitutionnel a sévèrement *critiqué* la thèse de la supraconstitutionnalité affirmée par la Cour constitutionnelle dans ses décisions. Plusieurs auteurs ont souligné que les notions comme l'« esprit de la Constitution », l'« essence de la Constitution de 1961 » ou la « cohérence et la systématique de la Constitution » sont extrêmement abstraites ; et que les critères tels que « les nécessités de la civilisation contemporaine » ou « le but d'élever la société turque au niveau le plus avancé de la civilisation » sont difficiles à cerner. Par conséquent on peut légitimement se demander comment la Cour constitutionnelle peut déterminer si une révision constitutionnelle est contraire

79. *Ibid.*, p.131.

80. Otto Bachoff, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen ?*, Tübingen, 1951, p.7-11 cité par San, *op. cit.*, p.131.

81. San, *op. cit.*, p.132.

82. *Ibid.*, p.134.

83. Voir par exemple Serozan, *op. cit.*, p.136 ; San, *op. cit.*, p.134-135.

84. Mehmet Akad, « Anayasa Yargisi Üzerine Gözlemler » [Les observations sur la juridiction constitutionnelle], *Yargi* [Juridiction], n°37, mai 1979, p.41.

85. *Ibid.*

86. C'est nous qui soulignons. Comme le montrent les mots soulignés, Mehmed Akad exprime la thèse de l'« *intangibilité relative des dispositions constitutionnelles* » qui a été d'ailleurs développée, dans les anciens pays socialistes, à propos des limites à la révision constitutionnelle. Selon cette thèse, comme nous l'avons vu plus haut (note 67), les dispositions de la constitution peuvent être révisées *dans un sens seulement*. Dans les anciens Etats socialistes, ce « sens unique » qui était le socialisme et le communisme. Dans la conception de la Cour constitutionnelle turque, ce « sens unique » est la « civilisation contemporaine » et même selon l'interprétation de M. Akad, c'est l'« avenir », c'est le « modèle d'Etat social ». D'ailleurs si on remplace les mots « avenir » et « modèle d'Etat social » par celui de « socialisme », on obtient une thèse purement socialiste. Pour la thèse de l'intangibilité relative voir Biscaretti Di Ruffia et Rozmaryn, *op. cit.*, p.116-118 ; Dziakocha, *op. cit.*, p.338.

87. Akad, *op. cit.*, p.43.

ou non aux « nécessités de la civilisation contemporaine » ou au « but d'élever la société turque au niveau le plus avancé de la civilisation » ? La même question se pose aussi à l'égard de la définition des « révisions constitutionnelles laissant en arrière la société turque, détruisant les libertés et droits fondamentaux, anéantissant l'Etat de droit, en un mot supprimant l'essence de la Constitution de 1961 »⁸⁸.

Comme le remarque à juste titre Burhan Kuzu, avec cette thèse de la Cour constitutionnelle, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond « risque de se transformer à tout moment en un 'contrôle d'opportunité' »⁸⁹.

Egalement Erdogan Teziç montre que cette thèse de la Cour constitutionnelle

« ne repose sur aucune base positive. Le pouvoir constituant a posé clairement le principe de révisibilité de la Constitution, et en dehors de ceci, a précisé, comme une exception, l'article qui est intangible. L'élargissement de cette exception est complètement impossible du point de vue du droit positif. En respectant la procédure prévue dans l'article 155, on peut réviser toutes les dispositions de la Constitution »⁹⁰.

De plus selon le professeur Teziç, si la Cour constitutionnelle pouvait annuler une révision constitutionnelle, en jugeant qu'elle est contraire à l'esprit de la Constitution, la Cour deviendrait une puissance supérieure même au pouvoir constituant⁹¹.

Quant à Cem Eroglu, il admet la notion d'« esprit de la Constitution ». Par exemple, selon lui, si la Grande Assemblée nationale de Turquie adoptait une révision constitutionnelle stipulant que « la religion de l'Etat est l'Islam », cette révision constitutionnelle serait contraire à l'esprit de la Constitution de 1961. Cem Eroglu pense que, dans cette hypothèse,

« il ne s'agit plus d'un événement du pouvoir constituant dérivé. Car, un acte qui détruit le cadre fondamental qui lui donne sa validité ne peut être un acte juridique. En effet, il n'y a ici pas d'autre chose que le pouvoir constituant originaire. Par conséquent, juridiquement, aucun organe – ni l'Assemblée, ni un autre – n'est compétent pour le faire. Cependant, à notre avis, *le fait que l'Assemblée nationale ait usurpé ce pouvoir ne rend pas compétente la Cour constitutionnelle*. Si la Cour constitutionnelle hasarde d'annuler une telle tentative de l'Assemblée, elle aussi, elle exerce une compétence sans fondement juridique. Même s'il est politiquement souhaitable qu'elle le fasse, il nous paraît impossible de le défendre du point de vue juridique »⁹².

88. Cf. Onar, *op. cit.*, p.139, 141-142 ; Kuzu, *op. cit.*, p.179 ; Eroglu, *Anayasayı Degistirme Sorunu* [La question de révision constitutionnelle], *op. cit.*, p.166-168 ; Mehmet Turhan, « Anayasaya Aykiri Anayasa Degisiklikleri » [Les révisions constitutionnelles contraires à la constitution], *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* [Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Ankara], vol.XXXIII, 1976, n°1-4, p.99.

89. Kuzu, *op. cit.*, p.179.

90. Erdogan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* [La notion de loi en Turquie d'après la Constitution de 1961], Istanbul, Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, p.134.

91. *Ibid.*, p.134.

92. Eroglu, *Anayasayı Degistirme Sorunu* [La question de révision constitutionnelle], *op. cit.*, p.166-167. Voir également Cem Eroglu, « Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri » [Le vingtième anniversaire de la Cour constitutionnelle et quelques propositions],

Appréciation générale de la question. – Pour nous, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond consiste à vérifier si le contenu de la loi constitutionnelle est conforme aux limites matérielles à la révision constitutionnelle. En d'autres termes, le contrôle de fond veut dire le contrôle de la conformité aux limites matérielles. Par conséquent s'il n'y a pas de limites matérielles s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, on ne peut pas parler de contrôle de fond des lois constitutionnelles. Autrement dit, pour qu'une cour constitutionnelle puisse contrôler la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle quant au fond, il faut qu'il existe préalablement des limites matérielles valables à la révision constitutionnelle.

Alors pour résoudre notre problématique, il faut d'abord répondre à la question de savoir s'il existe des limites matérielles valables à la révision constitutionnelle. Nous avons répondu à cette question dans la première partie. Nous avons conclu que seules les limites qui sont inscrites dans les textes constitutionnels sont valables⁹³. Les autres limites envisagées par la doctrine, comme les limites supra-constitutionnelles ou celles découlant de l'esprit de la Constitution ne sont pas valables⁹⁴. D'ailleurs, nous avons montré que, dans la Constitution turque de 1961, il n'y a qu'une limite matérielle à la révision constitutionnelle : l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de cette Constitution⁹⁵.

Alors à la lumière de cette conclusion, nous pouvons affirmer que, sous la Constitution turque de 1961, la Cour constitutionnelle turque ne peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles qu'à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. En d'autres termes, la Cour ne peut pas examiner la constitutionnalité des lois constitutionnelles à l'égard des limites matérielles autres que celle-ci. C'est-à-dire que la Cour constitutionnelle turque ne peut pas vérifier la conformité des lois constitutionnelles à l'esprit de la Constitution ou à certains principes trouvant leur source en dehors de la Constitution.

Alors les principes ou les notions auxquels fait référence la Cour constitutionnelle turque, tels que « l'esprit de la Constitution », « les nécessités de la civilisation contemporaine »⁹⁶ ou « la cohérence et la systématique de la Constitution »⁹⁷,

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi [Revue de la Faculté des sciences politiques de l'Université d'Ankara], Vol.XXXVII, 1982, n°3-4, p.134 : « Même si une révision constitutionnelle est considérée comme un 'coup d'Etat' contre l'ordre constitutionnel, on ne peut pas en inférer la conclusion selon laquelle la Cour constitutionnelle a la compétence de s'opposer à ce coup d'Etat ».

93. Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

94. Première partie, Titre 2.

95. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

96. « L'ordre constitutionnel comporte de telles institutions et de tels droits et devoirs que, s'ils sont rattachés aux principes contraires aux *nécessités de la civilisation contemporaine*, cet ordre pourrait s'effondrer dans son ensemble » (Décision n°1971-37 du 13 avril 1971 (Report des élections du Sénat), *A.M.K.D.*, n°9, 1972, p.428).

97. « Le fait que les révisions constitutionnelles portent atteinte à la cohérence et à la systématique des dispositions fondamentales de la Constitution détruit la structure juridique dans son ensemble » (décision n°1971-37 du 13 avril 1971, *A.M.K.D.*, n°9, 1972, p.429).

« le but d'élever la société turque au niveau le plus avancé de la civilisation » ou les interdictions comme « celle de laisser en arrière la société turque », comme « celle de détruire les libertés et droits fondamentaux » ou comme « celle d'anéantir l'Etat de droit »⁹⁸ ne figurent pas dans la Constitution de 1961 comme des limites à la révision constitutionnelle. Par conséquent, ils ne sont pas valables. Alors la Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces notions ou à ces interdictions.

Sans doute, les arrêts de la Cour constitutionnelle sont définitifs et lient tous les individus et les organes. Ses interprétations ont le caractère authentique. Il faut cependant observer qu'il n'y a pas ici de disposition qu'elle interprète. Elle pose elle-même une règle. Dans la Constitution de 1961, il n'y a aucune disposition prévoyant que les révisions constitutionnelles doivent se conformer aux « nécessités de la civilisation contemporaine ». Il n'y a non plus aucune disposition interdisant au pouvoir de révision constitutionnelle de « détruire les libertés et droits fondamentaux ». Ces interdictions sont inventées de toutes pièces par la Cour constitutionnelle elle-même. Elles sont privées de tout fondement positif. Nous avons longuement critiqué les thèses acceptant l'existence des limites à la révision constitutionnelle non inscrites dans les textes constitutionnels⁹⁹. C'est pourquoi, nous nous contentons ici de cette brève critique.

Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont pas non plus à l'abri des réactions des autres organes du système constitutionnel. En effet, la Cour constitutionnelle est libre de choisir son comportement. Mais elle doit prendre en compte les réactions qu'elle peut déclencher de la part de ses partenaires. En effet, comme nous allons voir plus bas, juste après quelques mois de la décision de la Cour constitutionnelle n°1971-37 du 13 avril 1971, le pouvoir constituant, en révisant l'article 147 de la Constitution de 1961, a interdit à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond.

Maintenant nous pouvons passer à l'examen de l'autre question.

e. La question de savoir si la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux limites matérielles à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution

La question posée. – La Cour constitutionnelle peut-elle examiner la conformité des lois constitutionnelles aux limites matérielles à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution ? En d'autres termes, dans le contexte de la Constitution turque de 1961, la Cour constitutionnelle peut-elle contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution ?

La réponse de la Cour. – La Cour a répondu à cette question par l'affirmative. Selon la Cour, elle est compétente pour contrôler la conformité des lois constitu-

98. *Ibid.*

99. Première partie, Titre 2, Section 1.

tionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. La motivation de la Cour constitutionnelle est simple. Elle constate que la Constitution de 1961, dans son article 9, pose un principe d'intangibilité. Selon cet article « la disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République ne peut être modifiée, ni sa modification proposée ». Alors selon la Cour, une loi prévoyant la révision de la forme républicaine de l'Etat ne peut pas être proposée ni adoptée. Et si une telle proposition a été adoptée, elle ne peut avoir aucun effet sur les dispositions existantes de la Constitution. C'est pourquoi, la Cour constitutionnelle a conclu qu'elle doit contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution¹⁰⁰.

La critique de la réponse de la Cour constitutionnelle. – Dans la doctrine, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur ce point n'est pas critiquée. Les auteurs ont critiqué en général la définition au sens large de la « république » que nous allons voir plus bas, et non pas la réponse de la Cour constitutionnelle selon laquelle les révisions constitutionnelles doivent être conformes à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.

Egalement, certains auteurs affirment clairement que la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Par exemple selon Cem Eroglu,

« une révision constitutionnelle prévoyant la transmission héréditaire du gouvernement de l'Etat est ouvertement contraire à l'article 9 de la Constitution posant le principe de l'intangibilité de la forme républicaine de l'Etat. *En ce cas, la Cour constitutionnelle a la compétence d'annulation.* Car, ici, le contenu lui-même est de la nature d'une condition de forme »¹⁰¹.

Selon Erdal Onar aussi, puisque l'article 9 stipule que « la disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République ne peut être modifiée », la Cour constitutionnelle peut contrôler la constitutionnalité matérielle des lois constitutionnelles à l'égard de cet article¹⁰².

Appréciation générale de la question. – Nous aussi nous pensons que la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitu-

100. Décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (Restitution des droits politiques), *A.M.K.D.*, n°8, 1971, p.323.

101. Eroglu, *Anayasayi Degistirme Sorunu [La question de révision constitutionnelle]*, *op. cit.*, p.167-168.

102. Onar, *op. cit.*, p.141. En effet, avant même ces décisions de la Cour constitutionnelle, certains auteurs ont défendu l'idée selon laquelle la Cour constitutionnelle pouvait contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Voir A. Ülkü Azrak, « Türk Anayasa Mahkemesi » [Cour constitutionnelle turque], *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* [Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul], Vol.XXVIII, 1962, n°3-4, p.679-680 ; Metin Kiratli, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi* [Le contrôle concret des normes dans la juridiction constitutionnelle], Ankara, Sevinç Matbaası, 1966, p.105.

tion. En effet, comme nous l'avons montré dans la première partie, il n'y a pas de différence de nature entre les limites de forme et celles de fond inscrites dans le texte de la Constitution. Toutes les deux sont prévues par la même Constitution, par conséquent elles ont la même valeur constitutionnelle. Ainsi si une cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux limites de forme inscrites dans la Constitution, elle peut contrôler aussi la conformité des lois constitutionnelles aux limites de fond inscrites dans le texte de la Constitution. En effet, les limites de forme et celles de fond ne sont que des dispositions de la constitution qui règlent la création des lois constitutionnelles. Par conséquent le *contrôle de forme* des lois constitutionnelles consiste à vérifier si ces lois ont été proposées, délibéré et adoptées conformément aux *dispositions* de la Constitution qui règlent la procédure de révision constitutionnelle. Egalement le *contrôle de fond* des lois constitutionnelles consiste à confronter le contenu de ces lois aux *dispositions* de la Constitution qui déterminent leur contenu, c'est-à-dire les dispositions intangibles. Le premier groupe de ces dispositions (celles qui déterminent la procédure de la création des lois constitutionnelles) se trouve à peu près dans toutes les constitutions. Par contre le deuxième groupe de dispositions (celles qui déterminent le contenu des lois constitutionnelles) ne se trouve pas dans toutes les constitutions, et si elles existent, elles restent exceptionnelles. Elles sont peu nombreuses, telle l'interdiction de réviser la forme républicaine du Gouvernement ou celle de réviser la structure fédérale de l'Etat. C'est pourquoi, le contrôle de forme des lois constitutionnelles est de nature générale. Théoriquement chaque loi constitutionnelle peut être soumise au contrôle de forme de la cour constitutionnelle. Car, dans son adoption il y a des règles qu'elle doit respecter. Mais, le contrôle de fond des lois constitutionnelles reste exceptionnel. D'abord il n'est possible que si la constitution contient des dispositions qui déterminent le contenu des lois constitutionnelles (comme l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat). Deuxièmement l'étendue de ce contrôle est restreinte, car les règles de référence, c'est-à-dire les dispositions de la constitution qui déterminent le contenu des lois constitutionnelles sont peu nombreuses.

Mais, s'il existe au moins une disposition de la constitution qui détermine le contenu des lois constitutionnelles, il n'y a aucune raison pour ne pas admettre le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. Mais rappelons encore que l'étendue de ce contrôle serait très restreinte.

Ainsi, dans la Constitution turque de 1961, il y a une disposition qui détermine le contenu des lois constitutionnelles : celle de l'article 9. Alors la Cour constitutionnelle turque peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.

Cependant ici se pose encore une autre question : celle de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, autrement dit, la question de la définition de la « forme républicaine de l'Etat ».

f. La question de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution

La question posée. – La question qui se pose ici est celle de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, c'est-à-dire, celle de la définition de la « forme républicaine de l'Etat ». En quoi consiste donc l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution ? Comment peut-on déterminer l'étendue de cette interdiction ? Que protège l'article 9 ? Qu'est ce qui est intangible selon cet article ? En d'autres termes, l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution protège-t-elle la République en tant que la forme de l'Etat (art.1) mais aussi les caractéristiques de cette République définies dans l'article 2 ?

Avant de voir la réponse de la Cour constitutionnelle, rappelons le texte de l'article 9 de la Constitution de 1961 :

« La disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République ne peut être modifiée, ni sa modification proposée ».

Quant à l'article 1^{er}, intitulé « forme de l'Etat », il dit que

« l'Etat turc est une République ».

Egalement l'article 2, intitulé « caractéristiques de la République », stipule que

« la République de Turquie est un Etat de droit, démocratique, laïque, social et national, basé sur les droits de l'homme et les principes fondamentaux exprimés dans le préambule ».

Alors selon l'article 9, ce qui est intangible est « la disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République ». Mais que signifie donc cette expression ? En d'autres termes, l'expression « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République » utilisée dans l'article 9 de la Constitution de 1961 englobe-t-elle non seulement la disposition de l'article 1^{er}, mais aussi les dispositions de l'article 2 de la Constitution ?

La réponse de la Cour. – La Cour constitutionnelle a répondu encore à cette question par l'affirmative. Selon la haute juridiction, l'expression « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République » utilisée dans l'article 9 de la Constitution qui détermine le contenu de l'interdiction de réviser la Constitution comprend non seulement la disposition de l'article 1^{er}, mais aussi celles de l'article 2 de la Constitution de 1961.

La Cour constitutionnelle, en prenant le mot « république » dans son sens large, affirme que l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution ne vise pas seulement le mot « république », mais aussi le « régime républicain » dont les caractéristiques sont définies par les principes fondamentaux se trouvant dans les articles 1 et 2 et dans le préambule auquel fait référence l'article 2. En d'autres termes, ce qui est intangible n'est pas seulement le mot « république », mais aussi « régime républicain » dont les caractéristiques sont définies dans les articles précités. C'est-à-dire, selon la Cour

constitutionnelle, non seulement la forme républicaine de l'Etat (art.1), mais aussi les principes de l'Etat de droit, de l'Etat démocratique, de l'Etat laïque, de l'Etat social, de l'Etat national, de l'Etat basé sur les droits de l'homme bénéficient de la protection de l'article 9 de la Constitution de 1961¹⁰³.

Alors, la proposition et l'adoption d'une révision constitutionnelle qui établirait, tout en gardant le mot « république », un régime incompatible avec ces principes seraient contraires à la Constitution. Ainsi selon la Cour constitutionnelle, une loi prévoyant la révision de l'un de ces principes ne peut pas être proposée ni adoptée. Et si elle a été adoptée, elle ne peut avoir aucun effet sur les dispositions existantes de la Constitution. Par conséquent, elle doit être annulée par la Cour constitutionnelle¹⁰⁴.

En conclusion selon la Cour constitutionnelle, l'article 9 de la Constitution de 1961 interdit l'établissement non seulement d'un régime dont le chef de l'Etat serait héréditaire, mais aussi d'un régime qui serait contraire à l'un des principes suivants : l'Etat de droit, l'Etat démocratique, l'Etat laïque, l'Etat social, l'Etat national, l'Etat basé sur les droits de l'homme.

Selon l'article 9 l'article 1 était intangible. Ainsi la Cour constitutionnelle a-t-elle aussi inclus à cette intangibilité l'article 2 aussi.

Les critiques adressées à la réponse de la Cour constitutionnelle. – Nous allons voir d'abord la critique adressée à cette interprétation de la Cour constitutionnelle par ses membres minoritaires dans leurs opinions dissidentes. Ensuite nous allons donner les critiques développées par la doctrine.

(A) *La critique adressée par les membres minoritaires de la Cour constitutionnelle.* – Deux juges, Celalettin Kuralman et Halit ZARBUN, dans leur opinion dissidente annexée à la décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (*Restitution des droits politiques*)¹⁰⁵ firent savoir qu'ils n'approuvaient pas l'interprétation large par la Cour constitutionnelle de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution

Selon les juges minoritaires, la notion de « république » doit être interprétée dans un sens strict. Dans son opinion dissidente, en partant des intitulés des articles, Celalettin Kuralman montre que l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution ne vise pas les caractéristiques de la République, mais seulement la république comme la forme de l'Etat. Car, l'intitulé de l'article 9 est « intangibilité de la forme de l'Etat » et l'article 1^{er}, intitulé « forme de l'Etat » spécifie que « l'Etat turc est une République ». Par contre, l'article 2 auquel la Cour se réfère s'intitule « caractéristiques de la République ». Ainsi selon le juge dissident,

103. Décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (*Restitution des droits politiques*), *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.323.

104. *Ibid.*, p.323.

105. in *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.334-337.

« le principe d'intangibilité concerne seulement la disposition de l'article 1^{er} spécifiant que 'l'Etat turc est une République'. En effet, la forme d'un Etat est une chose et les caractéristiques de cette forme sont une autre chose. C'est pourquoi, le principe d'intangibilité ne comprend pas les caractéristiques de la République.

...

Il résulte du texte de la Constitution que le principe d'intangibilité prévu dans l'article 9 de la Constitution ne concerne que l'article 1^{er} déterminant la forme républicaine de l'Etat et que ce principe ne peut être invoqué à l'égard d'autres articles de la Constitution. La loi constitutionnelle n°1188 révisant l'article 68 de la Constitution concerne les élections du Sénat. Elle n'a rien à voir avec la forme de l'Etat. Par conséquent elle n'entre pas dans l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Par conséquent, il faut examiner seulement si la loi constitutionnelle en question a été adoptée conformément à la procédure déterminée à cet effet dans la Constitution, et non pas le contenu de cette loi »¹⁰⁶.

(B) *Les critiques adressées par la doctrine.* – L'interprétation large par la Cour constitutionnelle de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution a provoqué un vif débat dans la doctrine turque. Certains auteurs approuvent cette interprétation, alors que d'autres la désapprouvent.

(1) *Les auteurs qui approuvent cette interprétation.* – Un groupe d'auteurs¹⁰⁷, qui sont d'ailleurs minoritaires, approuve la décision de la Cour constitutionnelle.

Par exemple, selon Rona Serozan, le fait que le pouvoir de révision constitutionnelle puisse modifier, tout en gardant le mot « république », les caractéristiques de la République définies dans l'article 2 implique l'évacuation de l'essence matérielle de la République. En d'autres termes, si l'on pouvait porter atteinte aux principes de l'Etat de droit, de l'Etat démocratique, de l'Etat laïque, de l'Etat social par les révisions constitutionnelles, la « République » pourrait devenir une forme vide¹⁰⁸.

D'autre part Muammer Aksoy lui aussi approuve l'interprétation large du mot « république ». Selon le professeur Aksoy, le but de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution ne peut être seulement la protection d'une forme. Car, une règle à laquelle la Constitution accorde une telle importance ne peut viser seulement la désignation du chef de l'Etat par élection. La république a aussi un contenu. C'est pourquoi, la Constitution accorde une telle importance à sa protection. Alors le but de l'article 9 n'est pas la

106. L'exposé de l'opinion dissidente de Celalettin Kuralman dans la décision n° 1970-31 du 16 juin 1970 (Restitution des droits politiques), *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.334-336.

107. En dehors de Rona Serozan et Yildizhan Yayla dont les critiques sont exposées dans les paragraphes suivants, voir Serim, *op. cit.*, p.36-37 ; Kubali, *Anayasa Hukuku* [Droit constitutionnel], *op. cit.*, p.93-94. Avant même ces décisions de la Cour constitutionnelle, Kemal Fikret Arik défendait que la Cour constitutionnelle peut contrôler les révisions constitutionnelles contraires non seulement à la forme républicaine de l'Etat, mais aussi au principe de laïcité prévu par l'article 2 de la Constitution de 1961 (Kemal Fikret Arik, « Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında » [A propos de notre Cour constitutionnelle nouvelle], *Adalet Dergisi* [Revue de justice], Vol.52, septembre - octobre 1961, p.846.

108. Serozan, *op. cit.*, p.134.

protection d'une quelconque république, mais la protection de la « République de Turquie dont les caractéristiques sont énumérées dans l'article 2 de la Constitution ». Par conséquent, les principes d'Etat de droit, d'Etat démocratique, d'Etat social, d'Etat laïque font partie de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution¹⁰⁹.

Yildizhan Yayla aussi approuve l'interprétation large du mot « république » par la Cour constitutionnelle. Il discute du bien-fondé de cette interprétation d'une façon très détaillée¹¹⁰. Nous n'allons pas entrer dans les détails. Seulement précisons que l'auteur souligne d'abord que le mot « république » a différents sens¹¹¹. Ensuite Yildizhan Yayla recherche, parmi ces différents sens, lequel est le plus proche à celui du mot « république » employé dans la Constitution turque de 1961. A la suite d'un long examen, M. Yayla estime qu'en Turquie, la « république » ne peut pas être définie comme le contraire de la monarchie héréditaire, au contraire elle englobe les principes essentiels de l'ordre démocratique¹¹². La « république » dans le contexte de Turquie, dit-il, ne peut être pensée séparément du principe démocratique, et ce principe à son tour ne peut pas non plus être envisagée séparément de celui de l'Etat de droit. En d'autres termes, la république, qui était au début une *forme de gouvernement qui s'oppose à la monarchie héréditaire*, est devenue, avec la Constitution de 1924, un *Etat démocratique*, et enfin avec la Constitution de 1961, un *Etat de droit*¹¹³. Ainsi selon l'auteur, les deux caractéristiques (Etat démocratique et Etat de droit) exprimées dans l'article 2 de la Constitution font partie de la définition de l'expression « République ».

Egalement selon l'auteur, deux autres caractéristiques (Etat laïque et Etat national) exprimées dans l'article 2, elles aussi, entrent dans la définition de la république. Car, le laïcisme et le nationalisme sont, non pas des caractéristiques d'une quelconque république, mais celles de la République de Turquie. Par conséquent, ces deux caractéristiques font partie intégrante de la République turque¹¹⁴. Yildizhan Yayla se fonde sur les arguments de caractère historique. Il explique l'importance du principe de nationalisme par le passage de l'Empire ottoman, qui était un Etat multinational, à la République turque, qui est un Etat-nation¹¹⁵. L'auteur affirme encore que le laïcisme aussi fait partie de la définition de la République turque¹¹⁶. Pour le principe de l'Etat social aussi Yildizhan Yayla

109. Muammer Aksoy, *Devrimci Ögretmenin Kiyimi ve Mücadelesi* (sic) [Le massacre de l'enseignant révolutionnaire et son combat (sic)], Ankara, Orsel Matbaasi, 1975, t.II, p.1262. Signalons que le professeur Aksoy, lorsqu'il était le porte-parole de la Commission de la Constitution lors des travaux préparatoires de la Constitution de 1961, avait déclaré qu'il était contre l'inclusion dans l'interdiction de réviser la Constitution des caractéristiques de la République énumérées dans l'article 2 (voir *infra*, note 130).

110. Yayla, « Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü » [L'essence de la République d'après la Cour constitutionnelle], *op. cit.*, p.1002-1019.

111. *Ibid.*, p.1011.

112. *Ibid.*, p.1012-1013.

113. *Ibid.*, p.1013.

114. *Ibid.*, p.1014.

115. *Ibid.*

116. *Ibid.*, p.1015.

affirme la même chose¹¹⁷. Cependant selon lui, seules les principes de l'Etat démocratique et de l'Etat de droit constituent l'essence de la République turque ; le nationalisme, le laïcisme et l'Etat social sont des éléments auxiliaires à ces deux caractéristiques principales¹¹⁸.

Parmi les auteurs qui approuvent ou désapprouvent cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il y a un auteur qui est difficilement classable : c'est Mehmet Akad. Il observe en effet que

« la Cour constitutionnelle n'exerce pas la fonction d'un organe qui fait seulement un contrôle 'juridictionnel'. Pour défendre le modèle politique qu'elle a fabriqué à partir de la Constitution, la Cour expose une conception de juridiction qui fait un contrôle politique. Cette tendance apparaît dans les décisions précitées. Par conséquent, dans ce contexte, la Cour constitutionnelle peut être considérée comme une unité qui produit des décisions politiques »¹¹⁹.

Ainsi, comme on le voit, Mehmed Akad constate que la Cour a fait dans ces décisions un contrôle « politique » et non pas juridique, mais curieusement M. Akad affirme qu'« il n'est pas possible de critiquer la Cour constitutionnelle à cause de ce comportement »¹²⁰.

(2) *Les auteurs qui désapprouvent cette interprétation.* – Par contre la majorité des auteurs critique¹²¹ très sévèrement l'interprétation large de l'expression « république » par la Cour constitutionnelle.

(a) Ces auteurs remarquent d'abord que la « république », étant un terme juridique, désigne une forme de l'Etat dans laquelle la transmission héréditaire du pouvoir est interdite. En d'autres termes, la « république » est le contraire de la monarchie héréditaire¹²². Selon Cem Eroglu, si l'on ajoutait à cette définition d'autres caractéristiques, la notion de « république » serait forcée inutilement. En

117. *Ibid.*, p.1015-1016.

118. *Ibid.*, p.1015. Soulignons cependant que Yildizhan Yayla lui-même n'approuve pas entièrement l'interprétation de la Cour constitutionnelle. Selon lui, dans la définition de la République, la Cour constitutionnelle aurait dû faire référence seulement aux principes de l'Etat démocratique et de l'Etat de droit, et comme les principes auxiliaires, au nationalisme, au laïcisme et au principe d'Etat social. Par conséquent la référence à tous les principes exprimés dans l'article 2 et dans le préambule est mal fondée. Car, selon lui, ces principes, comme les droits de l'homme sont difficiles à cerner (*Ibid.*, p.1016-1018).

119. Akad, *op. cit.*, p.42.

120. *Ibid.*, p.41.

121. Outre C. Eroglu, E. Özbudun, M. Soysal, E. Onar, M. Turhan, E. Teziç, B. Kuzu, O. Aldikaçti et T. Türkçapar, dont les critiques sont données dans les paragraphes suivants, voir Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* [Les droits sociaux en droit constitutionnel], Istanbul, May Yayinlari, 1978, p.286-288 ; Kemal Dal, *Türk Esas Teskilat Hukuku* [Le droit constitutionnel turc], Ankara, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksek Okulu Basimevi, 1984, p.161-162.

122. Eroglu, *Anayasayı Degistirme Sorunu* [La question de révision constitutionnelle], *op. cit.*, p.168 ; Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* [Le sens de la Constitution en 100 questions], Istanbul, Gerçek Yayınevi, 4^e édition, 1977, p.219 ; Mehmet Turhan, « Anayasaya Aykırı Anayasa Degisiklikleri [Les révisions constitutionnelles contraires à la Constitution] », *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* [Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Ankara], vol.XXXIII, 1976, n°1-4, p.98.

effet, lorsqu'on examine les diverses républiques du monde, on voit qu'elles sont très différentes les unes des autres¹²³. La seule caractéristique commune entre elles consiste en l'interdiction de la transmission héréditaire du pouvoir¹²⁴. Par conséquent, comme le remarque Mümtaz Soysal, « une révision constitutionnelle ne peut être contraire au principe de l'intangibilité de la forme républicaine de l'Etat que si elle adopte la règle de la transmission héréditaire des compétences étatiques »¹²⁵.

(b) Selon un autre argument, exprimé par Ergun Özbudun,

« la Constitution de 1961 a réservé le principe d'intangibilité à seule la 'disposition spécifiant que la forme de l'Etat est une République'. Si le constituant avait voulu inclure les caractéristiques de la République dans l'étendue de l'interdiction de réviser la Constitution, il aurait pu le faire expressément. Puisqu'il ne l'a pas fait, la Cour constitutionnelle ne peut pas élargir par voie d'interprétation l'étendue de l'interdiction de réviser la Constitution »¹²⁶.

En effet, comme l'a montré clairement Celalettin Kuralman dans son opinion dissidente¹²⁷, l'étendue de l'interdiction de réviser la Constitution prévue dans l'article 9 a été longuement discutée au cours des débats dans l'*Assemblée des représentants*¹²⁸. Par exemple, un de ses membres, Necip Bilge, trouvant insuffisante l'interdiction de réviser la disposition spécifiant que forme de l'Etat est une République, a proposé d'inclure les principes de laïcisme et d'Etat démocratique dans l'étendue de l'interdiction de réviser la Constitution. Car, selon lui,

« aujourd'hui, toutes les dictatures du monde, de celle qui est le plus à droite à celle qui est le plus à gauche, se disent républiques. Par conséquent, à mon avis, pour nous protéger des dictatures de gauche ou de droite, il est insuffisant d'interdire seulement de réviser la forme républicaine de l'Etat. C'est pourquoi, je pense qu'il serait utile d'inclure dans l'interdiction de réviser la Constitution non seulement la forme républicaine de l'Etat,

123. Erogul, *Anayasayi Degistirme Sorunu* [La question de révision constitutionnelle], op. cit., p.168.

124. Soysal, *100 Soruda Anayasanin Anlami* [Le sens de la Constitution en 100 questions], op. cit., 4^e éd., 1977, p.219.

125. *Ibid.*, p.219.

126. Özbudun, *op. cit.*, 3^e éd., p.136. En ce sens voir encore, Onar, *op. cit.*, p.9-10 ; Turhan, *op. cit.*, p.98, 80-82 ; Tahsin Türkçapar, « Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapilan Degisiklikleri Denetleme Yetkisi » [La compétence de la Cour constitutionnelle à contrôler les révisions de la Constitution], *Yargitay Dergisi* [Revue de la Cour de Cassation], vol.IV, 1978 (janvier - avril), n°1-2, p.28-29. D'autre part, le professeur Orhan Aldikaçti souligne que les constituants des différents pays qui veulent rendre intangibles non seulement la forme républicaine de l'Etat, mais aussi les différentes caractéristiques de cette république, posent des dispositions constitutionnelles expresses prévoyant l'intangibilité de ces caractéristiques (Orhan Aldikaçti, *Anayasa Hukukumuzun Gelismesi ve 1961 Anayasasi* [Le développement de notre droit constitutionnel et la Constitution de 1961], Istanbul, Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayinlari, 1982, p.362.

127. L'exposé de l'opinion dissidente de Celalettin Kuralman annexé à la décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (Restitution des droits politiques), in *A.M.K.D.*, n° 8, 1971, p.334-336.

128. L'Assemblée des représentants (*Temsilciler Meclisi*) était l'une des deux ailes de l'Assemblée constituante qui a préparé la Constitution de 1961.

mais aussi les principes de laïcisme et d'Etat démocratique, qui sont les caractéristiques de cette République¹²⁹.

Par contre, Muammer Aksoy, porte-parole de la Commission de la Constitution, a répondu que si l'on inclut les principes de laïcisme et d'Etat démocratique dans l'interdiction de réviser la Constitution, il faudrait aussi y inclure d'autres principes. Ainsi la chaîne des d'interdictions sera allongée d'une façon illimitée et par conséquent le domaine de la souveraineté de la nation sera diminué¹³⁰.

Ensuite la proposition prévoyant l'inclusion des caractéristiques de la République dans l'interdiction de réviser la Constitution a été présentée au vote de l'Assemblée des représentants, et celle-ci l'a rejetée.

Alors, comme on le voit, la question de l'élargissement de l'étendue de l'interdiction de réviser la Constitution a été discutée et refusée clairement par l'Assemblée constituante.

(c) Le troisième argument invoqué contre l'interprétation large de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est fondé sur un principe d'interprétation selon lequel il faut interpréter restrictivement les normes d'exception. En appliquant ce principe à la question de l'interprétation de l'article 9, les auteurs affirment que l'article 9 doit être soumis à une *interprétation restrictive*, car, d'une part, en matière de révision constitutionnelle, la règle est la révisabilité des toutes les dispositions de la Constitution et d'autre part l'article 9 constitue une exception à cette règle générale. Par conséquent, l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, étant une exception, ne peut être élargi par voie d'interprétation¹³¹.

(d) D'ailleurs à peu près tous les auteurs soulignent que cette interprétation large donne à la Cour constitutionnelle un pouvoir d'appréciation illimité sur l'issue des révisions constitutionnelles. Comme le remarque à juste titre le professeur Ergun Özbudun, les caractéristiques de la République, telles que le laïcisme, le nationalisme, la démocratie, l'Etat de droit, l'Etat social et le respect des droits de l'homme, sont des notions larges à un tel point qu'il est impossible d'imaginer une révision constitutionnelle qui ne concerne pas l'une de ces caractéristiques¹³². Il est intéressant de voir qu'un auteur, Yildizhan Yayla, qui approuve¹³³ entièrement l'interprétation large par la Cour constitutionnelle de l'interdiction de réviser la Constitution, avoue lui-même que l'on ne peut pas trouver une révision constitu-

129. L'intervention de Necip Bilge est reproduite in Kazim Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası* [La Constitution de la République de Turquie], Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1966, vol.II, p.1208-1209. Cet ouvrage contient les travaux préparatoires de la Constitution de 1961.

130. La réponse de Muammer Aksoy, porte-parole de la Commission de la Constitution, in Öztürk, *op. cit.*, p.1209-1210. Rappelons que le professeur Aksoy a défendu une thèse diamétralement opposée en 1975. Voir *supra*, note 109).

131. Özbudun, *op. cit.*, p.136 ; Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* [La notion de loi en Turquie d'après la Constitution de 1961], *op. cit.*, p.134 ; Turhan, *op. cit.*, p.99 Kuzu, *op. cit.*, p.182-183.

132. Özbudun, *op. cit.*, p.137.

133. Voir *supra*, p.602.

tionnelle qui n'entre pas dans le contenu de l'article 2 de la Constitution¹³⁴. Par conséquent, devant cette interprétation de la Cour, l'organe de révision constitutionnelle ne peut jamais savoir s'il est compétent ou non pour réaliser telle ou telle réforme constitutionnelle¹³⁵.

(e) D'autre part, les auteurs qui critiquent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle signalent qu'à la suite de l'interprétation large de l'interdiction de réviser la Constitution, le « contrôle de juridicité » de la Cour constitutionnelle risque de se transformer en pratique en un « contrôle d'opportunité »¹³⁶. En effet, comme le remarque le professeur Özbudun, à côté des contenus larges des caractéristiques de la République énumérées dans l'article 2 de la Constitution, ces caractéristiques sont ouvertes à toute appréciation subjective¹³⁷.

(f) Egalement, certains auteurs¹³⁸ ont signalé le *danger du gouvernement des juges* qui se cache dans ce raisonnement de la Cour constitutionnelle. Par exemple, selon Mümtaz Soysal, la motivation que la Cour constitutionnelle a utilisée dans l'interprétation large du mot « république »

« est en effet *une motivation très dangereuse*. En fin de compte, cette motivation peut conduire la société à une conception de '*gouvernement des juges*' et ainsi elle peut réduire à néant la compétence de réviser la Constitution du Parlement élu par voix du peuple. Les révisions constitutionnelles contraires à une telle interprétation de la Cour constitutionnelle seront annulées par elle, et par conséquent le peuple tombera dans une situation où il sera incapable d'exercer sa compétence de révision constitutionnelle »¹³⁹.

Le professeur Soysal pose la question suivante : D'où reçoivent les membres de la Cour constitutionnelle la compétence d'annuler les révisions constitutionnelles, en ajoutant d'autres règles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution¹⁴⁰ ? Ainsi Mümtaz Soysal conclut que

« si la Cour constitutionnelle se reconnaît la compétence d'annuler les révisions constitutionnelles, en prétendant que cette révision est contraire aux principes fondamentaux de la Constitution, elle dépasse la place qui lui est attribuée dans le système étatique »¹⁴¹.

134. Yayla, « Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü » [L'essence de la République d'après la Cour constitutionnelle], *op. cit.*, p.1018.

135. Kuzu, *op. cit.*, p.180.

136. Özbudun, *op. cit.*, p.137 ; Kuzu, *op. cit.*, p.179.

137. Özbudun, *op. cit.*, p.137.

138. Outre Soysal, voir Turhan, *op. cit.*, p.100 ; Kuzu, *op. cit.*, p.179.

139. Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı [Le sens de la Constitution en 100 questions]*, *op. cit.*, 1977, p.218-219. Voir également Soysal, « Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu [La fonction et la situation de la justice constitutionnelle en Turquie] », *op. cit.*, p.92 : « A partir du moment où la Cour constitutionnelle déclare contraires aux principes fondamentaux de la République des révisions constitutionnelles adoptées à la majorité des deux tiers d'une Assemblée élue par le peuple, dans les esprits surgissent les questions suivantes : 'allons-nous vers le gouvernement des juges ?'. 'Par un tel comportement, la Cour constitutionnelle a-t-elle voulu laisser sans influence les cadres politiques ?' ... ».

140. Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı [Le sens de la Constitution en 100 questions]*, *op. cit.*, 1977, p.219.

141. *Ibid.*

Dans le même ordre d'idées, le professeur Orhan Aldikaçti souligne que

« la Cour constitutionnelle se considère comme un organe supérieur à la Constitution même, et par conséquent elle croit qu'elle peut même dominer la volonté constitutionnelle »¹⁴².

De même Erdogan Teziç exprime son inquiétude face au fait que la Cour constitutionnelle puisse devenir une puissance supérieure même au pouvoir constituant¹⁴³.

(g) Enfin, certains auteurs indiquent que cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle est dangereuse même à l'égard de la Cour.

Tahsin Türkçapar a signalé que la jurisprudence en question « pourrait mettre en cause la respectabilité même de la Cour constitutionnelle »¹⁴⁴. Selon lui, cette jurisprudence a créé l'impression selon laquelle la Cour constitutionnelle se croit supérieure même à la Constitution, et ainsi qu'elle a ouvert la voie aux discussions sur l'existence même de la Cour¹⁴⁵.

La même remarque est faite encore par le professeur Mümtaz Soysal. Selon lui, le fait que la Cour constitutionnelle tende à contrôler les lois constitutionnelles non seulement sur la forme, mais aussi quant au fond, signifie que la Cour entre dans une voie dont l'issue est inconnue. Dans cette voie, la Cour constitutionnelle peut elle-même mettre en danger sa propre situation¹⁴⁶.

Egalement le professeur Ergun Özbudun est du même avis :

« Le comportement de la Cour constitutionnelle sur le contrôle des lois constitutionnelles pourrait, à long terme, mettre en danger les intérêts institutionnels de la haute juridiction. Les expériences montrent qu'en cas d'opposition profonde entre une cour constitutionnelle et les puissances représentant la majorité de la société, les compétences de la cour constitutionnelle pourraient être limitées par les révisions constitutionnelles. En particulier, dans notre société où le système de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois est tellement neuf et a rencontré des fortes résistances, il est évident que l'acceptation de l'idée du contrôle juridictionnel des révisions constitutionnelles, c'est-à-dire du contrôle de la volonté du pouvoir constituant qui est supérieur à tous les pouvoirs institués, sera extrêmement difficile »¹⁴⁷.

Après avoir ainsi critiqué cette interprétation de la Cour constitutionnelle, à peu près tous les auteurs ont souhaité que la Cour renonce à cette jurisprudence, et qu'elle se déclare incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond, tout au moins qu'elle interprète l'interdiction de

142. Aldikaçti, *op. cit.*, p.362.

143. Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* [La notion de loi en Turquie d'après la Constitution de 1961], *op. cit.*, p.134.

144. Türkçapar, *op. cit.*, p.39. Egalement voir Aldikaçti, *op. cit.*, p.362.

145. Eroglu, « Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri » [Le vingtième anniversaire de la Cour constitutionnelle et quelques propositions], *op. cit.*, p.134.

146. Soysal, « Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu » [La fonction et la situation de la justice constitutionnelle en Turquie], *op. cit.*, p.92.

147. Özbudun, *op. cit.*, p.137. En ce sens voir, Turhan, *op. cit.*, p.100.

réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution dans un sens restrictif¹⁴⁸.

Appréciation générale de la question. – Nous avons déjà affirmé que la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. En effet, il n'y a pas de grande difficulté à accepter que la Cour constitutionnelle puisse contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles à l'égard des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution. Car, ces limites ont le fondement positif. Par conséquent, s'il y a, dans la constitution, des dispositions qui déterminent le contenu des lois de révision constitutionnelle comme l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat, la Cour constitutionnelle peut confronter le contenu de ces lois à ces dispositions.

Nous avons montré que, dans la Constitution turque de 1961, il y a une seule disposition de la Constitution qui détermine le contenu des lois constitutionnelles : celle de l'article 9. Alors la Cour constitutionnelle turque peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.

Mais ici se pose encore une autre question. C'est celle de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, c'est-à-dire, celle de la définition de la « forme républicaine de l'Etat ».

C'est un problème d'interprétation. Personnellement, nous aussi nous pensons qu'il faut interpréter dans son sens strict le mot « république », c'est-à-dire comme un régime dans lequel la fonction du chef de l'Etat n'est pas héréditaire. Par conséquent, l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution ne protège pas, à notre avis, les caractéristiques de la République (laïcisme, nationalisme, Etat de droit etc.) énumérées dans l'article 2 de la Constitution. En d'autres termes, seul l'article 1^{er} qui dit que « l'Etat turc est une République » est intangible, et non pas les caractéristiques démocratique, laïque, nationale, etc. de cette République. Ainsi nous souscrivons aux critiques des auteurs qui désapprouvent cette interprétation large du mot « république » par la Cour constitutionnelle. Nous avons exposé longuement les arguments invoqués contre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Ainsi, nous désapprouvons entièrement l'interprétation large donnée par la Cour constitutionnelle à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Cependant, notre opinion ainsi que les opinions des auteurs majoritaires ne sont que des *opinions personnelles*. Or, *du point de vue du droit positif*, il faut chercher la réponse *authentique* à la question de savoir en quoi consiste le contenu de cette interdiction.

D'abord rappelons le texte de l'article 9 de la Constitution de 1961 :

148. Voir par exemple Aldikaçti, *op. cit.*, p.362 ; Türkçapar, *op. cit.*, p.39.

« La disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République ne peut être modifiée, ni sa modification proposée ».

Quant à l'article 1^{er}, intitulé « forme de l'Etat », il dit que

« l'Etat turc est une République ».

Egalement l'article 2, intitulé « caractéristiques de la République », stipule que

« la République de Turquie est un Etat de droit démocratique, national, laïque et social, basé sur les droits de l'homme et les principes fondamentaux exprimés dans le préambule ».

Alors selon l'article 9, ce qui est intangible est « la disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République ». Comme nous venons de le montrer, selon nous et selon la majorité de la doctrine turque, cette « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la république » consiste en l'article 1^{er} de la Constitution. Or, selon la Cour constitutionnelle turque, cette « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République » est non seulement l'article 1^{er}, mais aussi l'article 2 de la Constitution.

En d'autres termes, ici, il y a une question d'interprétation de l'expression « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République ». Alors il faut d'abord répondre à la question de savoir si l'expression « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République » utilisé dans l'article 9 de la Constitution de 1961 englobe non seulement la disposition de l'article 1^{er}, mais aussi les dispositions de l'article 2 de la Constitution.

Il faut donc *interpréter* l'expression « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République » employée dans l'article 9 qui détermine l'interdiction de réviser la Constitution. Sans doute chacun peut interpréter cette expression, comme il l'entend. En droit seulement l'une des ces interprétations peut être *valable* ; les autres ne sont que des opinions *personnelles*. Alors, il faut choisir l'interprétation qui est valable, autrement dit, l'interprétation *authentique*, c'est-à-dire celle qui ne peut être juridiquement contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques.

Alors déterminons l'interprétation authentique de l'expression « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République » utilisée dans l'article 9. Dans le système de la Constitution turque de 1961, l'interprétation donnée à la Constitution par la Cour constitutionnelle est de caractère authentique, car « les arrêts de la Cour constitutionnelle sont définitifs » (art.152 de la Constitution de 1961). Il n'existe pas de voie de recours contre les arrêts de la Cour constitutionnelle. Ces arrêts « lient les organes du législatif, de l'exécutif et du judiciaire ainsi que les autorités administratives et les personnes physiques et morales » (art.152 de la Constitution de 1961). En d'autres termes, nul ne pourrait contester juridiquement l'interprétation de la Cour constitutionnelle, parce qu'elle n'est pas annulable et produit des effets juridiques quel que soit le contenu de cette interprétation. D'ailleurs, logiquement aussi c'est une conclusion cohérente, parce

qu'il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait confronter l'interprétation de la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle turque a interprété l'expression « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République » utilisée dans l'article 9 qui détermine l'interdiction de réviser la Constitution, comme englobant non seulement la disposition de l'article 1^{er}, mais aussi celles de l'article 2 de la Constitution. La Cour a dit clairement que non seulement la forme Républicaine de l'Etat, mais aussi les caractéristiques (démocratie, laïcisme, nationalisme, etc.) de cette République exprimées dans l'article 2 sont intangibles¹⁴⁹.

Alors il nous reste à conclure que selon l'interprétation authentique de la Cour constitutionnelle, l'expression « disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est la République » utilisée dans l'article 9 de la Constitution qui détermine l'interdiction de réviser la Constitution comprend non seulement la disposition de l'article 1^{er}, mais aussi celle de l'article 2 de la Constitution de 1961. Par conséquent, la Cour constitutionnelle peut contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles non seulement à l'égard de l'article 1^{er} qui prévoit que « l'Etat turc est une République », mais aussi à l'égard de l'article 2 qui détermine les caractéristiques de la République turque comme celles d'Etat de droit démocratique, laïque, social, national, etc.

En droit turc, sous la Constitution de 1961, avant la révision constitutionnelle de 1971, c'est la seule solution qui s'impose. Dans cette période, le mot « république » désigne non seulement un Etat dans lequel la fonction du chef de l'Etat n'est pas héréditaire, mais aussi un Etat de droit démocratique, laïque, national, social et basé sur les droits de l'homme.

* * *

Les arrêts de la Cour constitutionnelle sont définitifs. La Cour a le pouvoir d'interprétation authentique. Néanmoins la Cour constitutionnelle n'est pas à l'abri des réactions des autres organes du système constitutionnel. Il est vrai que la Cour constitutionnelle est libre de choisir son comportement. Mais elle doit prendre en considération les réactions qu'elle peut déclencher de la part de ses partenaires, car, en dernière analyse, la Cour constitutionnelle elle aussi fonctionne dans un système politique. Comme le remarquent les auteurs qui critiquent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, son comportement pourrait, à long terme, mettre en danger les intérêts institutionnels de la Cour elle-même.

En effet, comme nous allons le voir plus bas (§ 2), juste quelques mois après ces décisions (n°1970-31 du 16 juin 1970 et n°1971-37 du 13 avril 1971) de la Cour constitutionnelle, le pouvoir de révision constitutionnelle, en révisant l'article 147 de la Constitution de 1961 (loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971), a interdit à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond.

149. Décision n°1970-31 du 16 juin 1970 (Restitution des droits politiques), *A.M.K.D.*, n°8, 1971, p.323.

Avant de terminer ce paragraphe, il convient de faire une conclusion au sujet du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Turquie, sous la Constitution de 1961 avant 1971.

Conclusion (Sous la Constitution de 1961 avant 1971)

En Turquie, comme venons de le voir avec les détails, la Constitution de 1961, avant 1971, ne contient aucune disposition sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par conséquent, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles doit être analysé comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé*.

Dans un tel système, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible sous deux conditions. *Premièrement*, il faut qu'il y ait dans le système un organe compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois, et *deuxièmement*, que cet organe se soit déjà déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

La première condition est *nécessaire*, car, puisque la solution du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'existe pas dans les *textes positifs*, cette solution ne peut se trouver que dans la *jurisprudence constitutionnelle*. Mais pour qu'il y ait une jurisprudence constitutionnelle, il faut qu'il existe avant tout un organe chargé de contrôle de la constitutionnalité. En d'autres termes, il faut qu'il y ait, dans le système, un organe compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

La première condition est nécessaire, mais *non suffisante*. Car, pour que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles soit possible, il faut que cet organe se soit déjà déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. C'est la deuxième condition. En effet si l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, du point de vue du droit positif, il faut admettre que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Car, du point de vue du droit positif, la jurisprudence de cette cour est incontestable. En d'autres termes la décision de cette cour constitue la solution authentique du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Nous venons de vérifier ces deux conditions dans le cas de Turquie sous la Constitution de 1961 avant 1971.

En Turquie, dans cette période, il y avait justement une Cour constitutionnelle chargée de contrôler la constitutionnalité des lois¹⁵⁰. Par conséquent, la première condition est remplie.

150. Articles 145 à 152 de la Constitution de 1961.

Deuxièmement, nous avons montré que la Cour constitutionnelle turque s'est déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de la régularité formelle que de leur contenu. La Cour constitutionnelle turque, dans ses décisions des 16 juin 1970 et 3 avril 1971, a effectivement contrôlé la constitutionnalité de deux lois de révision constitutionnelle. De plus, elle a même annulé la loi constitutionnelle n° 1188 du 6 novembre 1969.

Alors du point de vue du droit positif, une seule conclusion s'impose : en Turquie, sous la Constitution de 1961, avant 1971, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ; car, d'une part la Constitution ne contient aucune disposition sur ce point, et d'autre part la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu.

En conclusion, en Turquie, dans cette période, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution de 1961 sont sanctionnées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Par conséquent, le pouvoir de révision constitutionnelle est effectivement limité par ces limites selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle.

* * *

§ 2. APRES 1971

Après avoir vu le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles sous la Constitution de 1961 avant 1971 dans le paragraphe précédent, nous examinerons maintenant le même problème, sous la même Constitution, mais après l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971.

Nous verrons voir d'abord la réglementation constitutionnelle (A), ensuite la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (B).

A. LA REGLEMENTATION CONSTITUTIONNELLE

L'article 147 de la Constitution de 1961 que nous avons précédemment vu a été révisé par la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971. Cette loi de révision constitutionnelle a remplacé la disposition de l'article 147 selon laquelle

« la Cour constitutionnelle contrôle la conformité à la Constitution des lois et du règlement intérieur de la Grande Assemblée nationale de Turquie ».

par la suivante :

« la Cour constitutionnelle contrôle la conformité à la Constitution des lois et du règlement intérieur de la Grande Assemblée nationale de Turquie ; aux conditions de forme indiquées dans la Constitution des lois constitutionnelles ».

En d'autres termes, la nouvelle version de l'article 147 habilite explicitement la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*. Ainsi le pouvoir constituant dérivé a voulu mettre fin à la discussion surgie à la suite des décisions des 16 juin 1970 (*Restitution des droits politiques*) et 13 avril 1971 (*Report des élections du Sénat*) de la Cour constitutionnelle. Selon cette solution, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme* est prévu, mais *quant au fond*, il a été exclu expressément.

Alors dans la Constitution turque de 1961, avec la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles a été expressément réglementé. Par conséquent, après 1971, le cas de la Turquie doit être analysé comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution*.

Nous avons vu plus haut¹ les données théoriques du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un système où il est réglementé par la constitution.

Sans entrer dans les détails, rappelons que, selon les conclusions développées dans le cadre théorique, dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution, la solution positive de ce problème se trouve dans *texte de la constitution*.

En effet, une constitution peut contenir ou ne pas contenir des dispositions sur cette question. Si la constitution contient de telles dispositions, la solution du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est simple : il est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle.

Lorsque la constitution elle-même a prévu le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, la solution de ce problème ne pose aucune difficulté. Dans cette hypothèse, la constitution habilitera un organe à se prononcer sur la validité des lois de révision constitutionnelle, ainsi que les personnes ou organes à le saisir. De même la constitution pourrait déterminer la procédure suivant laquelle cet organe prendra sa décision.

Ainsi dans cette hypothèse, si une loi de révision constitutionnelle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle, à vrai dire si les titulaires du droit de saisine estiment que la loi de révision constitutionnelle en question est contraire aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui impose des limites, ils peuvent saisir l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Et dans ce cas, la question de savoir si la loi de révision constitutionnelle est contraire ou conforme aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier aux dispositions qui lui imposent des limites sera résolue par cet organe et suivant la procédure déterminée par la constitution. Ainsi si l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles estime que la loi de révision constitutionnelle en question est contraire aux dispositions de la constitution qui règlent sa création et en particulier à celles qui lui imposent des limites, il peut l'invalidier. Cette décision sera définitive. L'interprétation de cet organe aura le caractère authentique. Ainsi, dans cette hypothèse, les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées par la décision de cet organe.

D'autre part, comme la constitution peut organiser un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, elle peut aussi refuser la possibilité d'un tel contrôle. Dans cette hypothèse, puisque la constitution interdit aux tribunaux de se prononcer sur la validité d'une loi de révision constitutionnelle, les limites matérielles du pouvoir constituant dérivé ne sont pas effectivement sanctionnées.

La Constitution turque de 1961 après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971 illustre parfaitement cette hypothèse. Elle réglemente expressément le

1. Ce titre, Chapitre 1, § 1.

contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Ce contrôle est prévu quant à la forme, mais exclu quant au fond.

On peut donc conclure qu'après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, la Cour constitutionnelle turque pouvait contrôler sans aucun doute la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*, car selon notre cadre théorique développé dans le chapitre précédent², lorsque la Constitution elle-même habilite un organe à se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles était possible. Puisque la Constitution de 1961 avec la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, elle même a prévu le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme, il est tout à fait normal que la Cour constitutionnelle turque puisse se prononcer sur la régularité formelle des lois constitutionnelles.

Par contre, la Cour constitutionnelle ne pouvait pas contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*, car ceci a été expressément exclu par la Constitution.

Ainsi après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, on pouvait attendre que la Cour constitutionnelle change sa jurisprudence, et se déclare incompétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*.

Maintenant nous allons vérifier si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque après 1971 confirme nos affirmations théoriques ci-dessus.

B. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Nous exposerons d'abord la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ensuite nous essayerons de faire la critique de cette jurisprudence.

1. Exposé

Entre 1971 et 1980, la Cour constitutionnelle turque a rendu six décisions sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

a. La décision n° 1975-87 du 15 avril 1975, *Durée de la détention provisoire, Tribunaux de sûreté d'Etat, Tribunaux militaires, Tribunaux d'état de siège*³

La loi constitutionnelle n°1699 du 15 mars 1973⁴ a révisé la Constitution de

2. Ce titre, Chapitre 1, § 1, A.

3. Cour constitutionnelle turque : décision n° 1975-87 du 15 avril 1975 (Durée de la détention provisoire, Tribunaux de sûreté d'Etat, Tribunaux militaires, Tribunaux d'état de siège), *A.M.K.D.*, n° 13, 1976, p.403-478.

1961 dans ses dispositions concernant la durée de détention provisoire et les tribunaux militaires. D'ailleurs, cette loi constitutionnelle a créé les tribunaux de sûreté d'Etat.

La Cour constitutionnelle a été saisie, le 15 mars 1973, par Özer Derbil et autres, sénateurs, sur la base de l'article 149 de la Constitution de 1961, aux fins d'appréciation de la conformité de ladite loi constitutionnelle à la Constitution.

1. La Cour constitutionnelle a tout d'abord examiné *sa compétence*. Elle a constaté que

« la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 révisant l'article 147 de la Constitution a réduit l'étendue de la compétence de la Cour constitutionnelle en matière des lois constitutionnelles. Cette loi constitutionnelle, d'une part, attribue à la Cour constitutionnelle la compétence de contrôler la constitutionnalité des révisions constitutionnelles quant à la forme, mais, d'autre part, elle exclut le contrôle de fond des lois constitutionnelles de la compétence de la Cour constitutionnelle. Ainsi, cette révision constitutionnelle interdit à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond* »⁵.

a) C'est pourquoi, la Cour s'est déclarée incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*⁶.

Par conséquent, la Cour constitutionnelle a déclaré *irrecevable* le recours en annulation dans ses parties demandant à la Cour constitutionnelle de vérifier la constitutionnalité de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 *quant au fond*⁷.

b) Mais d'autre part, la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*, car elle a constaté que la nouvelle version de l'article 147 lui reconnaît expressément cette compétence⁸.

2. Alors la Cour constitutionnelle a affirmé qu'elle examinera la constitutionnalité de la loi constitutionnelle déférée *uniquement sur la forme*⁹.

a) Cependant il y avait une deuxième question qui se posait à la Cour constitutionnelle : celle de *l'étendue du contrôle de forme*. En d'autres termes, en quoi consistait le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme ?

Sans aucun doute les dispositions de l'article 155 de la Constitution de 1961 qui déterminent les conditions de proposition (par un tiers au moins du nombre total des membres de l'Assemblée), de délibération (l'interdiction de procédure d'urgence) et d'adoption (à la majorité des deux tiers) des révisions constitutionnelles

4. *Resmi Gazete* [Journal officiel], n° 14482 du 20 mars 1973.

5. *A.M.K.D.*, n° 13, 1976, p.427.

6. *Ibid.*, p.426-427.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*, p.427.

9. *Ibid.*

les étaient des règles de forme, et par conséquent l'examen de la conformité d'une loi constitutionnelle à ces règles consistait en un contrôle de forme.

Mais y avait-il d'autres règles de forme susceptibles d'être normes de référence pour le contrôle de forme des lois constitutionnelles ?

La réponse de la Cour constitutionnelle était affirmative. Les règles de forme ne consistaient pas seulement en des dispositions de l'article 155. Selon la Cour, l'article 9 prévoyant que « la disposition de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est une république ne peut être modifiée, ni sa modification proposée » est aussi une règle de forme, et par conséquent l'examen de la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle à l'égard de l'article 9 était un contrôle de forme, et non pas un contrôle de fond. L'argumentation de la Cour était la suivante :

« Puisque les dispositions de la Constitution concernant la proposition de la révision constitutionnelle sont des *règles de forme*, la disposition qui interdit cette proposition est aussi sans aucun doute une *règle de forme*. Parce que cette disposition interdit aux membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie de proposer une loi de révision constitutionnelle qui serait contraire à la forme républicaine de l'Etat. En d'autres termes, si la proposition de révision constitutionnelle n'est pas en contradiction avec le principe d'intangibilité, elle sera poursuivie conformément à sa procédure et deviendra ainsi une loi de révision constitutionnelle. Par contre si la proposition de révision est en contradiction avec le principe d'intangibilité, elle ne pourra pas être proposée ; et si elle a été proposée, elle ne pourra pas être poursuivie conformément à sa procédure ; si elle a été poursuivie, elle ne pourrait être adoptée »¹⁰.

En résumé, selon la Cour constitutionnelle turque, la règle de l'intangibilité de la forme républicaine prévue dans l'article 9, elle aussi, est une règle de forme, comme les autres règles de forme prévues dans l'article 155, c'est-à-dire la proposition par un tiers et l'adoption par les deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. Car, selon la Cour, puisque les dispositions de la Constitution concernant la proposition de révision constitutionnelle, telle la disposition de l'article 155 selon laquelle « les révisions constitutionnelles peuvent être proposées par un tiers au moins du nombre total des membres de l'Assemblée nationale... », sont des *règles de forme*, la disposition qui interdit cette proposition, c'est-à-dire celle de l'article 9, elle aussi est une *règle de forme*.

Notons tout de suite que la Cour constitutionnelle a défini le contrôle de forme d'une façon très large. En effet, le contrôle de forme tel qu'il est conçu par la Cour constitutionnelle comporte aussi le contrôle de fond. Nous allons critiquer cette interprétation de la Cour constitutionnelle plus tard¹¹.

b) Après avoir affirmé que la vérification de la conformité d'une loi constitutionnelle à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution était un contrôle de forme et non pas un contrôle de fond, la Cour constitutionnelle n'en reste pas là. Elle *interprète encore d'une façon très large* l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Selon cette interprétation, l'interdiction de réviser la

10. *Ibid.*, p.430-431.

11. Voir *infra*, 2, c.

forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution comporte non seulement la forme républicaine de l'Etat déterminée dans l'article 1^{er}, mais aussi les caractéristiques de cette République définies dans l'article 2 de la Constitution, à savoir l'Etat de droit, démocratique, laïque et social, basé sur les droits de l'homme.

A ce propos, la Cour constitutionnelle a maintenu sa jurisprudence du 16 juin 1970¹². Elle a répété sa motivation de l'époque, à peu près mot pour mot :

« Il est évident que le principe d'intangibilité prévu dans cet article (art.9) ne vise pas seulement le mot 'république'. Par conséquent il est impossible de concilier avec ce principe l'idée selon laquelle la Constitution permet de réviser tous principes et règles en dehors de l'intangibilité du mot 'république'. Parce que le but essentiel du principe de l'intangibilité exprimé dans l'article 9 est de protéger le système de l'Etat, nommé 'république', dont les caractéristiques sont déterminées par les principes fondamentaux se trouvant dans les articles 1 et 2 et dans le préambule auquel fait référence l'article 2. En d'autres termes, ce qui est protégé ici par le principe d'intangibilité n'est pas le mot 'république', mais le régime républicain dont les caractéristiques sont définies dans les articles mentionnés ci-dessus. Alors, la proposition et l'adoption d'une révision constitutionnelle qui établirait, tout en gardant le mot 'république', un régime incompatible avec les principes fondamentaux de la Constitution de 1961 seraient contraires à la Constitution.

Il résulte de cette explication qu'une loi prévoyant la révision de l'un de ces principes ou une loi qui a pour objet de modifier ces principes directement ou indirectement par les révisions dans les autres articles de la Constitution ne peuvent pas être proposées et ni adoptées »¹³.

Comme on le voit, dans cette décision, la Cour constitutionnelle s'est encore déclarée compétente pour contrôler la conformité des lois constitutionnelles non seulement à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat, mais aussi aux caractéristiques de la République définies dans l'article 2 de la Constitution. Car, selon la Cour constitutionnelle, l'interdiction de réviser la Constitution prévue par l'article 9 protège non seulement l'article 1 qui détermine la forme républicaine de l'Etat, mais aussi les caractéristiques de cette République définies dans l'article 2. Comme on le voit, la Cour interprète cette interdiction d'une façon très large. Ainsi selon la Cour, elle pouvait contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces caractéristiques. D'ailleurs la Cour constitutionnelle affirme que ce contrôle était un contrôle de forme et non pas un contrôle de fond. Nous allons critiquer cette décision plus tard.

La Cour constitutionnelle a ainsi examiné la conformité du contenu de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Selon la Cour, comme on vient de l'expliquer, cet examen était un contrôle de forme, et non pas un contrôle de fond qui lui était exclu expressément par la Constitution. Nous allons donner la critique de cette thèse plus tard¹⁴.

Ensuite la Cour constitutionnelle a passé à l'examen du contenu des dispositions de la loi constitutionnelle du 14 mars 1973.

12. Voir, cette sous-section, § 1, B, 1, a. (*supra*, p.575).

13. Décision n° 1975-87 du 15 avril 1975, *A.M.K.D.*, n° 13, 1976, p.429.

14. Voir *infra*, cette sous-section, § 1 B, 3, a.

L'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973, *Durée de la détention provisoire*

L'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 a révisé l'alinéa 4 de l'article 30 de la Constitution de 1961 comme suit :

« La personne arrêtée ou placée en détention est traduite devant un juge au plus tard dans les quarante-huit heures ou, en ce qui concerne les délits et crimes relevant de la compétence des Tribunaux de sûreté d'Etat et les délits et crimes collectifs dans les cas déterminés par la loi, et en cas d'état de siège et de guerre, dans le délai déterminé par la loi, sous réserve de la période nécessaire pour la conduire devant le tribunal le plus proche de son lieu de détention. Ces délais ne peuvent dépasser quinze jours. Nul ne peut être privé de sa liberté au-delà de ces délais sauf en cas de décision du juge. Les proches de la personne arrêtée ou placée en détention sont immédiatement avisés de sa situation ».

Ainsi la loi constitutionnelle en question prolongeait la durée de détention de quarante-huit heures à quinze jours en ce qui concerne les délits et crimes collectifs et ceux relevant de la compétence des Tribunaux de sûreté d'Etat.

Selon les auteurs de la saisine, cette disposition porte atteinte à la liberté et la sécurité individuelle, elle donne aussi une compétence injustifiée au pouvoir exécutif¹⁵.

La Cour constitutionnelle turque constate d'abord que la prolongation à quinze jours de la durée de la traduction devant le juge des personnes arrêtées ou placées en détention constitue une limitation importante de la liberté et de la sécurité individuelle. Néanmoins, la Cour ne considère pas cette limitation comme portant atteinte aux caractéristiques de la République. Selon la Cour, cette disposition est le résultat de l'équilibre nécessaire entre la liberté individuelle et l'ordre public. En effet, le but de cette réglementation consiste à protéger d'une part le régime républicain dont les caractéristiques sont déterminées dans la Constitution et d'autre part la liberté et la sécurité de la personne¹⁶.

La Cour constitutionnelle turque a conclu que, puisque l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 ne porte pas atteinte aux caractéristiques de la République, surtout au principe de l'Etat de droit respectueux des droits de l'homme, cette disposition n'est pas contraire à la disposition de l'article 9 de la constitution prévoyant l'intangibilité de la forme républicaine de l'Etat. C'est pourquoi, la Cour a rejeté la demande en annulation de l'article 1 de la loi constitutionnelle en question¹⁷.

15. Exposé des motifs des auteurs de saisine, II, A, a. Voir *A.M.K.D.*, n° 13, 1976, p.406-407.

16. Décision n° 1975-87 du 15 avril 1975, *A.M.K.D.*, n° 13, 1976, p.435.

17. *Ibid.*

L'article 3 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973, *Tribunaux de sûreté d'Etat*

L'article 3 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 prévoyait la création des Tribunaux de sûreté d'Etat. Voyons d'abord ses dispositions.

Article 3.- Sont ajoutés à l'article 136 de la Constitution de la République turque les alinéas suivants :

(Article 136, Alinéa 2) Les Tribunaux de sûreté d'Etat sont créés avec la compétence de statuer sur les infractions portant atteinte à l'unité indivisible de l'Etat, du point de vue du territoire et de la nation, à l'ordre démocratique libre ou à la République, dont les caractéristiques sont définies dans la Constitution ainsi que sur celles qui concernent directement la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat.

(Alinéa 3) Les Tribunaux de sûreté d'Etat se composent d'un président, de quatre membres titulaires et deux suppléants, d'un procureur et de substituts de procureur en nombre suffisant. Le président, deux membres titulaires et un membre suppléant et le procureur sont nommés parmi les juges et les procureurs de la République de première classe ; deux membres titulaires et un membre suppléant parmi les juges militaires de première classe et les substituts du procureur parmi les procureurs de la République et les juges militaires.

(Alinéa 4) Dans les nominations du président, des membres titulaires, des membres suppléants, du procureur et des substituts du procureur, le Conseil des ministres propose des candidats en nombre double de celui des postes à pourvoir. Parmi ces candidats, les juges des Tribunaux de Sûreté d'Etat sont nommés par le Conseil supérieur des juges ; le procureur et les substituts de procureurs sont nommés par le Conseil supérieur des procureurs ; et la nomination des membres titulaires, des membres suppléants, des substituts de procureur parmi les juges militaires se déroule selon la procédure déterminée dans ses propres lois.

(Alinéa 5) Le président, les membres titulaires et suppléants et le procureur et les substituts du procureur des Tribunaux de Sûreté d'Etat sont nommés pour une période de trois ans. Leurs fonctions sont renouvelables.

(Alinéa 6) L'instance d'appel des décisions des Tribunaux de Sûreté d'Etat est la chambre ou les chambres qui seront créées dans la Cour de cassation pour examiner seulement les décisions de ces Tribunaux. L'assemblée générale est l'assemblée générale des chambres pénales de la Cour de Cassation.

(Alinéa 6) La formation, le fonctionnement, les pouvoirs et attributions et les autres dispositions relatives aux procédures applicables devant les Tribunaux de Sûreté d'Etat sont déterminés par la loi.

Selon les auteurs de la saisine, la création des Tribunaux de sûreté d'Etat est contraire au principe du juge naturel. Ces Tribunaux sont de la nature d'instances extraordinaires¹⁸. D'autre part, la procédure de nomination des juges est en contradiction avec le principe d'indépendance des tribunaux, car la nomination dépend de la proposition de l'organe exécutif¹⁹. D'ailleurs, les auteurs de la saisine ont prétendu que la disposition de l'alinéa 5 selon laquelle les juges des Tribunaux de sûreté d'Etat sont nommés pour une période de trois ans porte atteinte à l'indépendance des juges, car, elle donne la possibilité au Conseil des ministres d'éliminer les juges indésirables au bout de trois ans.

18. *Ibid.*, p.408.

19. *Ibid.*, p.409-410.

La Cour constitutionnelle a examiné d'abord la nature de Tribunaux de sûreté d'Etat²⁰. Selon la Cour, ces Tribunaux ne sont pas des instances extraordinaires, mais des tribunaux de spécialisation²¹. D'autre part, selon la Cour constitutionnelle, la nomination des juges parmi les candidats proposés par le Conseil des ministres n'est pas en contradiction avec les caractéristiques de la République définies dans la Constitution, surtout avec le principe de l'Etat de droit²². D'ailleurs, la Cour constitutionnelle a conclu, dans un sens diamétralement opposé à l'argument des auteurs de saisine, que la nomination des juges pour une période de trois ans constitue une garantie de l'indépendance des juges, car il est impossible de les nommer à un autre poste durant cette période²³

Ainsi la Cour constitutionnelle a jugé que les dispositions de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 ajoutant à l'article 136 les alinéas 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8 ne portent pas atteinte aux caractéristiques de la République définies dans la Constitution. Par conséquent elles ne sont pas contraires à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue par l'article 9. En conclusion la Cour constitutionnelle turque a rejeté le demande en annulation concernant l'article 3 de la loi 15 mars 1973²⁴.

L'article 4 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973, *Tribunaux militaires*

L'article 4 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 a révisé l'alinéa 4 de l'article 138 de la Constitution de 1961 comme suit :

« La majorité des membres des Tribunaux militaires doit avoir la qualité de juge. Cette condition n'est cependant pas exigée en temps de guerre ».

Selon les sénateurs saisissants, le fait que la majorité des membres des Tribunaux militaires peut ne pas avoir la qualité de juge, même s'il n'est prévu qu'en temps de guerre, est contraire au principe de l'Etat de droit²⁵.

D'abord, la Cour constitutionnelle rappelle qu'une loi de révision constitutionnelle ne doit pas être contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 et que, par conséquent, elle ne doit pas porter atteinte aux caractéristiques de la République définies dans la Constitution²⁶.

La Cour constate que, selon la nouvelle version de l'alinéa 4 de l'article 138, il est, en temps de guerre, possible que les Tribunaux militaires se composent des officiers n'ayant pas qualité de juges. D'après la Cour, la condition selon laquelle la

20. *Ibid.*, p.438-437.

21. *Ibid.*, p.440.

22. *Ibid.*, p.443.

23. *Ibid.*, p.444.

24. *Ibid.*, p.445.

25. *Ibid.*, p.441.

26. *Ibid.*, p.446.

majorité des membres des Tribunaux militaires doit être juge constitue une garantie importante pour les libertés individuelles. Par conséquent, la Cour affirme que

« la non-exigence de cette condition en temps de guerre pourrait porter atteinte, d'une part, aux principes constitutionnels en matière de justice, et d'autre part, aux caractéristiques de la République définies dans la Constitution. Il faut alors examiner la conformité d'une telle institution aux principes de la République déterminés dans la Constitution du point de vue du pouvoir judiciaire réglementé par l'article 7 de la Constitution. La Constitution, qui accepte le pouvoir judiciaire comme un pouvoir d'Etat indépendant à l'égard du pouvoir législatif et de la fonction exécutive, a défini ce principe, dans son article 7, en disant que 'le pouvoir judiciaire est exercé par les tribunaux indépendants au nom de la nation turque'. Un tribunal, dont la majorité des membres ne sont pas de la classe des juges, ne peut être considéré comme un tribunal indépendant qui exerce le pouvoir judiciaire au nom de la nation turque au sens de l'article 7 de la Constitution »²⁷.

Ainsi la Cour constitutionnelle conclut que la non-exigence de cette condition, même en temps de guerre, est en contradiction avec le principe d'indépendance des tribunaux, et que le principe d'indépendance des tribunaux (art.7) fait partie intégrante du principe de l'Etat de droit (art.2), et que ce dernier, selon l'interprétation large donnée par la Cour au mot « république », bénéficie de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. En d'autres termes, selon la Cour, l'article 4 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 est contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue par l'article 9, parce qu'il porte atteinte à l'indépendance des tribunaux (art.7), et que porter atteinte à l'indépendance des tribunaux implique porter atteinte à l'Etat de droit (art.2), et ce qui est interdit par l'article 9²⁸.

En conséquence l'article 4 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 porte atteinte à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat. Ainsi la Cour constitutionnelle l'a annulé²⁹.

Comme on le voit, la Cour constitutionnelle a un raisonnement qui est formé de plusieurs étapes. Nous pouvons schématiser son raisonnement comme ceci :

(« → » veut dire « porte atteinte à »)

La révision constitutionnelle → art.7 → art.2 → art.9

L'article 6 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973, Tribunaux d'état de siège

L'article 6 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 a ajouté un article transitoire 21 à la Constitution.

Article transitoire 21.- Les compétences et attributions des Tribunaux d'état de siège continuent jusqu'à la fin des affaires qui étaient en cours devant eux au moment où l'état de siège a été levé. Les dossiers ne sont pas encore déferés au tribunal et ainsi que

27. *Ibid.*, p.447.

28. *Ibid.*, p.447-448.

29. *Ibid.*, p.448.

les procès suspendus sont transférés aux instances compétentes selon leurs situations et caractéristiques et conformément aux dispositions de la loi.

Les auteurs de la saisine ont affirmé que l'article 6 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 porte atteinte aux dispositions de l'article 32 de la Constitution selon laquelle « nul ne peut être traduit devant une instance autre que le tribunal dont il dépend en vertu de la loi. Il ne peut être institué d'instances extraordinaires dont la compétence juridictionnelle aurait pour conséquence de traduire une personne devant une instance autre que le tribunal dont elle dépend en vertu de la loi »³⁰.

La Cour constitutionnelle a rejeté cet argument. Selon la Cour, il s'agit ici d'une révision constitutionnelle, et par conséquent, on ne peut pas exiger la conformité d'une disposition de la Constitution (article transitoire 21) à une autre disposition de la même Constitution (art.32). La Cour a affirmé qu'il faut vérifier seulement si la révision constitutionnelle en question porte atteinte aux caractéristiques de la République, et par conséquent si elle est contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue par l'article 9³¹. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle se borne à examiner la conformité de la disposition en cause aux caractéristiques de la République définies dans l'article 2 de la Constitution³².

Ainsi la Cour constitutionnelle a examiné la conformité de l'article 6 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 aux caractéristiques de la République définies dans l'article 2. Et elle a conclu que la disposition en question ne porte pas atteinte au principe de l'Etat de droit, démocratique et basé sur les droits de l'homme³³. C'est pourquoi, la Cour constitutionnelle a *rejeté* la demande en annulation concernant l'article 6 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973.

* * *

La Cour constitutionnelle a examiné encore la conformité de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973 aux autres *conditions de forme déterminées par l'article 155* de la Constitution de 1961, c'est-à-dire la proposition par un tiers au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie, l'interdiction de la procédure d'urgence et l'adoption à la majorité des deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée. La Cour n'a constaté aucune irrégularité sur ces points. Elle a donc rejeté la demande en annulation sur ces points.

* * *

En conclusion, la Cour constitutionnelle turque a contrôlé la constitutionnalité des différentes dispositions de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973. Parmi ces dispositions, seule celle de l'article 4 a été annulée par la décision du 15 avril 1975 de la Cour constitutionnelle turque.

30. *Ibid.*, p.412.

31. *Ibid.*, p.449.

32. *Ibid.*, p.450.

33. *Ibid.*, p.451.

A propos de cette décision, on peut faire tout de suite quatre observations.

1. La Cour constitutionnelle turque se déclare incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*.

2. Par contre la Cour constitutionnelle se déclare compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*.

3. Cependant, elle a une conception de *contrôle de forme très large*. Il englobe non seulement les conditions de proposition, de délibération et d'adoption prévues par l'article 155, mais encore l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue par l'article 9. En d'autres termes, la Cour considère comme une règle de forme, non seulement l'article 155, mais aussi l'article 9 de la Constitution.

4. D'ailleurs, la Cour définit le mot « *république* » *dans son sens large*. Selon la Cour, ce qui est intangible est non seulement le mot « *république* », mais aussi le *régime* républicain dont les caractéristiques sont définies dans l'article 2 de la Constitution, c'est-à-dire, un Etat de droit démocratique, national, laïque, social et basé sur les droits de l'homme.

Nous nous contentons ici d'observer ces quatre points, car nous allons les critiquer plus loin³⁴.

b. La décision n° 1976-19 du 23 mars 1976, Expropriation I ³⁵

L'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971³⁶ a modifié l'article 38 de la Constitution de 1961 concernant l'expropriation comme suit :

Article 38. – L'Etat et les personnes morales publiques sont autorisées, dans les cas où l'intérêt public le rend nécessaire et à condition d'en payer la contrepartie au comptant, à exproprier, en tout ou en partie, les biens se trouvant sous la propriété privée et à fonder des servitudes foncières administratives sur ceux-ci, conformément aux principes et aux procédures déterminés par la loi.

Le montant de l'indemnité de l'expropriation ne peut dépasser la valeur déclarée au fisc par le propriétaire conformément à la forme et à la procédure fixées par la loi au cas où la totalité du bien immobilier est exproprié, et la part de la valeur d'imposition correspondant à la partie expropriée en cas d'expropriation partielle.

Au cas où la contre-valeur du bien exproprié a été estimée au-dessous de la valeur fiscale, le propriétaire a le droit de recours.

Comme on le voit, cette loi constitutionnelle prévoyait la prise en compte de la valeur déclarée au fisc par le propriétaire dans le calcul de l'indemnité d'expropriation. En effet, cette loi constitutionnelle avait pour objet de lutter contre la pratique, qui était d'ailleurs très répandue en Turquie, consistant à déclarer au fisc

34. Voir *infra*, « 2. Critique ». (p.635 et s.).

35. Cour constitutionnelle turque : décision n° 1976-19 du 23 mars 1976 (Expropriation I), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.118-160.

36. *Resmi Gazete* [Journal officiel], n° 13964 du 22 septembre 1971.

la valeur bien inférieure à celle réelle en matière de taxe foncière. Ainsi, après cette loi constitutionnelle, les propriétaires fraudeurs risquaient de se voir expropriés de leurs biens immobiliers dont la valeur avait été déclarée très inférieure à leur valeur réelle en cas d'une éventuelle expropriation. En résumé, cette loi constitutionnelle obligeait les propriétaires à déclarer au fisc la valeur réelle de leurs biens immobiliers.

Sur la même loi constitutionnelle, la Cour constitutionnelle a rendu trois décisions. C'est pourquoi, nous allons citer ces décisions sous les appellations d'« *Expropriation I* », « *Expropriation II* » et « *Expropriation III* ».

La Cour constitutionnelle a été saisie par la décision du 7 juillet 1975 du Tribunal civil de première instance d'Elazig³⁷. Ce dernier avait estimé que la loi constitutionnelle du 20 septembre 1971 prévoyant le calcul de l'indemnité d'expropriation selon la valeur déclarée au fisc par le propriétaire était contraire au principe de l'Etat de droit³⁸.

1. La Cour constitutionnelle a d'abord examiné *sa compétence*. La Cour, en répétant les arguments développés dans sa décision du 15 avril 1975, s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *seulement quant à la forme*³⁹.

Cependant la Cour constitutionnelle a une conception de contrôle de forme très large. Et selon la Cour, en invoquant toujours les mêmes arguments développés dans sa décision du 15 avril 1975, à savoir la disposition de l'article 9 prévoyant que l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat est une règle de forme, comme les dispositions de l'article 155 déterminant les conditions de la proposition, de la délibération et l'adoption des lois constitutionnelles⁴⁰.

D'ailleurs, selon la Cour, en répétant la motivation exposée dans la décision du 16 juin 1970⁴¹, l'article 9 n'interdit pas seulement de modifier le *mot* « républicain », mais le *régime* républicain dont les caractéristiques sont définies dans l'article 2 de la Constitution, c'est-à-dire, un Etat de droit démocratique, laïque, social et basé sur les droits de l'homme. Par conséquent selon la Cour, en vertu de l'article 9, non seulement les dispositions de l'article 1, mais aussi celles de l'article 2 sont intangibles⁴².

37. A cette occasion, signalons qu'en Turquie, les Constitutions de 1961 et 1982 prévoient non seulement le contrôle abstrait des normes (contrôle par voie d'action), mais aussi le contrôle concret des normes (contrôle par voie d'exception). Le contrôle concret est exercé par la Cour constitutionnelle à la suite de la saisine d'office par un tribunal ou à la demande d'une des parties au procès. Mais dans ce dernier cas, le tribunal estime si l'exception d'inconstitutionnalité est sérieuse (Constitution de 1961, art.151 ; Constitution de 1982, art.152).

38. Voir l'exposé des motifs du Tribunal saisissant, *in A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.118-122.

39. Décision n° 1976-19 du 23 mars 1976 (*Expropriation I*), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.127-128.

40. *Ibid.*, p.131-132.

41. Cette motivation est également répétée dans les décisions des 13 avril 1971, 15 avril 1975.

42. Décision n° 1976-19 du 23 mars 1976 (*Expropriation I*), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.131.

2. La Cour constitutionnelle a examiné ensuite la conformité des dispositions de la loi constitutionnelle en question aux caractéristiques de la République⁴³.

Selon la Cour, le principe prévoyant la valeur déclarée au fisc par le propriétaire au lieu de la valeur réelle dans le calcul de l'indemnité de l'expropriation n'est pas en contradiction avec les caractéristiques de la République définies dans l'article 2 et dans le préambule de la Constitution. D'après la haute juridiction, ce principe ne porte pas atteinte à l'essence du droit de propriété. De plus, elle affirme que ce principe a pour objet de satisfaire l'intérêt social, en obligeant les propriétaires à déclarer la valeur réelle de leurs biens au fisc⁴⁴.

Ainsi la Cour constitutionnelle a conclu que, puisque les dispositions de la loi constitutionnelle du 29 septembre 1971 ne portent pas atteinte aux caractéristiques de la République indiquées dans l'article 2, cette loi n'est pas en contradiction avec l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue par l'article 9. Par conséquent, la Cour a *rejeté* la demande en annulation.

Nous allons critiquer cette décision de la Cour constitutionnelle plus loin. Mais notons tout de suite qu'elle a été prise par 8 voix⁴⁵ contre 7⁴⁶.

c. La décision n° 1976-46 du 12 octobre 1976, *Expropriation II* ⁴⁷

Cette décision porte aussi sur l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971⁴⁸ modifiant l'article 38 de la Constitution de 1961.

La Cour constitutionnelle a été de nouveau saisie par un tribunal de première instance⁴⁹ aux fins d'appréciation de la conformité à la Constitution de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971⁵⁰.

Comme nous avons vu son contenu plus haut⁵¹, cette loi constitutionnelle prévoyait le calcul de l'indemnité d'expropriation selon la valeur déclarée au fisc par le propriétaire. Nous avons déjà noté que cette loi a pour objet d'obliger les propriétaires à déclarer la valeur réelle de leur immobilier au fisc.

1. La Cour constitutionnelle a d'abord examiné *sa compétence*. La Cour, en répétant les arguments développés dans la décision du 15 avril 1975, s'est déclarée

43. *Ibid.*, p.134-135.

44. *Ibid.*, p.136.

45. Kani Vrana, Ahmet Akar, Halit Zarbun, Abdullah Uner, Lutfi Ömerbas, Hasan Gürsel, Ahmet Salih Cebi et Nihat O. Akçakayalioglu.

46. Sevket Müftügil, Ihsan Ecemis, Ziya Önel, Ahmet Koçak, Sekip Copuroglu, Muhittin Gürün et Ahmet Boyacioglu.

47. Cour constitutionnelle turque : décision n° 1976-46 du 12 octobre 1976 (Expropriation II), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.252-285.

48. *Resmi Gazete [Journal officiel]*, n° 13964 du 22 septembre 1971.

49. Tribunal civil de première instance d'Antalya.

50. Voir exposée des motifs du tribunal saisissant, *in A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.252-255.

51. Voir « b. La décision du 23 mars 1976 ». (*Supra*, p.624)

compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *seulement quant à la forme*. Et selon la Cour, en invoquant toujours les mêmes arguments, la disposition de l'article 9 prévoyant l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat est une règle de forme, comme les dispositions de l'article 155 déterminant les conditions de la proposition, de la délibération et de l'adoption des lois constitutionnelles⁵². Car selon la Cour, puisque les dispositions de la Constitution (art.155) qui règlent la proposition de révision constitutionnelle sont des règles de forme, la disposition de la Constitution (art.9) qui interdit cette proposition, elle aussi est une règle de forme⁵³.

A ce propos, il est significatif de voir que, dans l'arrêt de la Cour, les paragraphes consacrés à l'examen de la conformité de la loi constitutionnelle en question à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution se trouvent sous l'intitulé « *V. L'examen du fond du point de vue de la forme (sic!)* »⁵⁴. La Cour constitutionnelle turque se déclare toujours qu'elle n'est pas compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*. Elle ne contrôle que la régularité formelle de ces lois. Or, dans cette décision, comme le montre parfaitement cette expression curieuse utilisée dans l'intitulé, elle examine bel et bien le fond de la loi constitutionnelle. Sinon, que signifie donc « l'examen du fond du point de vue de la forme » ?

Encore, selon la Cour, en répétant toujours sa jurisprudence du 16 juin 1970 concernant l'interprétation large de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, l'article 9 n'interdit pas seulement de modifier le *mot* « république », mais le *régime* républicain dont les caractéristiques sont définies dans l'article 2 de la Constitution, c'est-à-dire, un Etat de droit démocratique, laïque, et social, basé sur les droits de l'homme. Par conséquent selon la Cour, en vertu de l'article 9, non seulement les dispositions de l'article 1, mais aussi celles de l'article 2 sont intangibles⁵⁵.

2. Par conséquent, la Cour a examiné la conformité des dispositions de la loi constitutionnelle en question aux caractéristiques de la République⁵⁶.

La Cour constitutionnelle a d'abord étudié la situation de l'expropriation à l'égard de droit de propriété. La haute instance, en constatant que l'expropriation porte atteinte à l'essence du droit de propriété, affirme que l'expropriation n'est possible, dans un Etat de droit, qu'à la condition du paiement de l'indemnité sur la *valeur réelle* des biens expropriés⁵⁷.

52. Décision n° 1976-46 du 12 octobre 1976 (Expropriation II), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.262-264.

53. *Ibid.*, p.264.

54. *Ibid.*, p.265. [*V. Esasin Biçim Yönünden İncelenmesi (sic!)*].

55. *Ibid.*, p.263.

56. *Ibid.*, p.265.

57. *Ibid.*, p.266.

Ensuite la Cour constitutionnelle a observé que le principe de « valeur réelle » prévu par la version initiale de l'article 38 a été remplacé par celui de « valeur fiscale » prévu par la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971. Ainsi cette loi constitutionnelle permet d'exproprier les biens immobiliers des particuliers sans respecter la condition de valeur réelle⁵⁸.

Après avoir fait ce constat, la Cour a vérifié si la non-exigence de la condition du calcul de l'indemnité sur la valeur réelle porte atteinte au principe de l'Etat de droit⁵⁹.

D'une part, la Cour constitutionnelle observe que, sans l'indemnité calculée sur la valeur réelle, l'expropriation porte atteinte à l'essence du droit de propriété (art.36) ; et d'autre part, elle rappelle que, selon l'article 11, l'essence d'un droit est intangible⁶⁰. De même, la Cour estime que les articles 36 et 11 font partie intégrante du principe de l'Etat de droit exprimé dans l'article 2 de la Constitution. En d'autres termes, si une loi constitutionnelle touche à l'article 11 ou à l'article 36, elle touche aussi à l'article 2. Ainsi la haute juridiction affirme qu'« un Etat qui ne respecte pas le droit de propriété (art.36) ne peut pas être considéré comme un Etat de droit démocratique défini dans l'article 2 de la Constitution »⁶¹. Alors la loi constitutionnelle du n°1488 du 20 septembre 1971 est contraire au droit de propriété (art.36) et au principe de l'intangibilité de l'essence des droits (art.11) et par conséquent cette loi constitutionnelle porte atteinte au principe de l'Etat de droit (art.2).

Or, selon la Cour constitutionnelle, comme nous l'avons vu plus haut, le principe de l'Etat de droit défini dans l'article 2 bénéficie de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue par l'article 9. Car, d'après la Cour, cette interdiction ne vise pas seulement le mot « république » exprimé dans l'article 1 (« L'Etat turc est une République »), mais aussi le *régime* républicain dont les caractéristiques sont définies dans l'article 2.

En conséquence, la Cour constitutionnelle a décidé que la disposition de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 prévoyant le calcul de l'indemnité d'expropriation sur la valeur déclarée au fisc par le propriétaire, porte atteinte à l'essence du droit de propriété, et par conséquent à l'Etat de droit ; et que ce dernier bénéficie de l'intangibilité prévue dans l'article 9 selon l'interprétation large de la Cour constitutionnelle. Alors la loi constitutionnelle en question est contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, qui est une règle de forme. Et la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme selon l'article 147 de la Constitution. Alors, la Cour a annulé la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 par 8 voix contre 7.

58. *Ibid.*, p.267.

59. *Ibid.*

60. *Ibid.*, p.275.

61. *Ibid.*, p.276.

Comme on le voit, la Cour constitutionnelle a un raisonnement qui est formé de plusieurs étapes. Nous pouvons schématiser son raisonnement comme suit :

(« → » veut dire « porte atteinte à »)

La révision constitutionnelle → art.36 → art.2 → art.9

On peut l'exprimer aussi comme ceci :

Expropriation sur la valeur fiscale → Essence du droit de propriété → Etat de droit → forme républicaine de l'Etat

* * *

Il est significatif de voir que la Cour constitutionnelle a pris deux décisions diamétralement opposées sur la même loi constitutionnelle dans un intervalle de 6 mois. Dans la première décision (celle du 23 mars 1976, *Expropriation I*), la Cour a décidé que la loi constitutionnelle est conforme à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 par 8 voix⁶² contre 7⁶³. Dans la deuxième décision (celle du 12 octobre 1976, *Expropriation II*), la Cour a conclu que la même loi constitutionnelle est contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 par 8 voix⁶⁴ contre 7⁶⁵. Ce revirement est probablement explicable par le fait que deux membres (Ihsan Ecemis et Ahmet Akar) participant à la délibération de la première décision ont été remplacés par deux autres membres (Fahrettin Uluç et Adil Esmer) dans la délibération de la deuxième décision et que ces derniers ont voté pour l'annulation de la loi constitutionnelle en question.

d. La décision n°1976-47 du 12 octobre 1976, *Expropriation III*⁶⁶

C'est la troisième décision qui porte sur l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 modifiant l'article 38 de la Constitution de 1961. La Cour constitutionnelle a été saisie cette fois par le Tribunal de première instance de Palu.

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle a conclu qu'il n'y avait pas lieu de décider sur la constitutionnalité de cette loi constitutionnelle, car elle venait de l'annuler par sa décision n°1976-46 du même jour⁶⁷.

62. Kani Vrana, Ahmet Akar, Halit ZARBUN, Abdullah ÜNER, Lûtfi ÖMERBAS, Hasan GÜRSEL, Ahmet Salih CEBI et Nihat O. AKÇAKAYALIOĞLU.

63. Sevket MÜFTÜĞİL, Ihsan ECEMIS, Ziya ÖNEL, Ahmet KOÇAK, Sekip COPUROĞLU, Muhittin GÜRÜN et Ahmet BOYACIOĞLU.

64. Sevket MÜFTÜĞİL, Ziya ÖNEL, Ahmet KOÇAK, Sekip COPUROĞLU, Fahrettin ULUÇ, Muhittin GÜRÜN, Adil ESMER et Ahmet BOYACIOĞLU.

65. Kani Vrana, Ahmet Akar, Halit ZARBUN, Abdullah ÜNER, Lûtfi ÖMERBAS, Hasan GÜRSEL, Ahmet Salih CEBI et Nihat O. AKÇAKAYALIOĞLU.

66. Cour constitutionnelle turque : décision n° 1976-47 du 12 octobre 1976 (*Expropriation III*), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.286-300.

67. *Ibid.*, p.298.

e. La décision n° 1977-4 du 27 janvier 1977, *Conseil supérieur des juges*⁶⁸

La loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971⁶⁹ a révisé l'article 144 de la Constitution de 1961 concernant l'autorité des décisions du Conseil supérieur des juges comme suit :

Article 144. - Le Conseil supérieur des juges statue définitivement sur les affaires relevant des statuts des juges des tribunaux judiciaires. Les décisions du Conseil ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance.

Ainsi l'article 144 révisé par la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 exclut tout recours judiciaire contre les décisions du Conseil supérieur des juges.

En l'espèce, un juge a intenté un recours en annulation devant le Conseil d'Etat contre une décision du Conseil supérieur des juges qui le concernait. La Cinquième chambre du Conseil d'Etat a saisi la Cour constitutionnelle par voie d'exception en estimant que la disposition de l'article 144 prévoyant que « les décisions du Conseil supérieur des juges ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance » est contraire à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution⁷⁰.

La Cour constitutionnelle a d'abord examiné sa compétence. En répétant sa motivation de la décision du 15 avril 1975, elle a affirmé que le principe d'intangibilité dans l'article 9 était une règle de forme, et par conséquent la Cour constitutionnelle, étant compétente pour contrôler les lois constitutionnelles quant à la forme, a pu examiner la conformité de la loi constitutionnelle à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution⁷¹.

La Cour a encore maintenu sa jurisprudence du 16 juin 1970 selon laquelle le principe d'intangibilité prévu dans l'article 9 de la Constitution comprend l'interdiction de réviser non seulement le forme républicaine de l'Etat, mais aussi les caractéristiques de la République définies dans l'article 2 de la Constitution. La Cour constitutionnelle a répété sa motivation cette fois avec des mots un peu différents :

« La Constitution a posé, dans son article 9, la règle selon laquelle 'la disposition de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est une république ne peut être modifiée, ni sa modification proposée'. On ne peut pas penser que l'expression 'la forme de l'Etat est une république' utilisée dans l'article vise seulement l'article 1 et le mot 'république' mentionné dans cet article. Car, lorsque le principe d'intangibilité est limité par le mot 'république' dont le contenu et les caractéristiques se diversifient selon les différentes idées sociales et politiques, tout en gardant l'article 1, on peut dégénérer le fondement du

68. Cour constitutionnelle turque : décision n° 1977-4 du 25 janvier 1977 (Conseil supérieur des juges), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.106-131.

69. *Resmi Gazete [Journal officiel]*, n° 13964 du 22 septembre 1971.

70. Voir l'exposé des motifs de la 5^e Chambre du Conseil d'Etat, in *A.M.K.D.*, n° 15, 1977, p.106-108.

71. Décision n° 1977-4 du 25 janvier 1977 (Conseil supérieur des juges), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.112.

régime, par les révisions des dispositions de l'article 2. Si l'on regarde aux pays du monde, en verrait qu'il y a beaucoup d'Etats qui portent le nom de 'républiques', et qui, cependant du point de vue du régime, sont opposés diamétralement au système de notre Constitution.

Or, la forme de l'Etat que notre Constitution a créée et veut protéger est une République dont les caractéristiques sont définies dans le préambule et dans l'article 2. De même, le principe d'intangibilité prévu dans l'article 9 ne vise pas seulement la protection du mot 'république', mais aussi les caractéristiques de cette République.

...

Il résulte de cette explication que les propositions de révision constitutionnelle ne peuvent prévoir aucune modification dans les principes trouvant dans le préambule et dans l'article 2 de la Constitution... Par conséquent une révision constitutionnelle portant atteinte aux principes fondamentaux de la République ne peut être proposée, ni adoptée par les assemblées législatives. Malgré cela, si la proposition a été faite et adoptée, elle est contraire aux conditions de forme dans l'article 9 de la Constitution »⁷².

Ensuite la Cour constitutionnelle turque a examiné la régularité de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 à l'égard de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution⁷³.

La Cour a discuté le point de savoir si la disposition stipulant que « le Conseil supérieur des juges statue définitivement sur les affaires relevant des statuts des juges des tribunaux judiciaires et que les décisions du Conseil ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance » est conforme ou contraire aux caractéristiques de la République⁷⁴.

D'abord la Cour constate que le Conseil supérieur des juges est un organe administratif auquel participe le ministre de la justice. Par conséquent la Cour constitutionnelle conclut que les décisions de cet organe ne peuvent être considérées comme des décisions judiciaires⁷⁵.

Après avoir ainsi déterminé la nature des décisions du Conseil supérieur des juges, la Cour constitutionnelle examine la question de savoir si la révision constitutionnelle qui a été faite dans l'article 144 est conciliable avec les principes fondamentaux de la République⁷⁶.

La Cour rappelle d'abord le texte de l'article 2 :

Article 2. - La République de Turquie est un Etat de droit national, démocratique, laïque et social, basé sur les droits de l'homme et les principes fondamentaux exprimés dans le préambule.

Ensuite la Cour constitutionnelle examine la disposition en question de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 à l'égard des droits de l'homme, de l'Etat de droit et du principe d'égalité.

72. *Ibid.*, p.113-114.

73. *Ibid.*, p.114.

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*, p.115-116

76. *Ibid.*, p.116.

1. *Du point de vue des droits de l'homme.* – D'abord la Cour constitutionnelle fait référence à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷⁷, ratifiée le 18 mai 1954 par la Turquie⁷⁸, selon laquelle « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle »⁷⁹.

Ensuite la Cour constitutionnelle souligne que, selon l'article 2 de la Constitution, la République de Turquie est basée sur les droits de l'homme⁸⁰.

Par conséquent, la Cour affirme que

« la disposition de la révision constitutionnelle en question qui interdit le contrôle juridictionnel des décisions du Conseil supérieur des juges est contraire au principe des droits de l'homme »⁸¹.

Ainsi selon la Cour constitutionnelle, cette disposition de révision constitutionnelle est contraire au « principe des droits de l'homme ». Mais on ne comprend pas très bien si ce « principe des droits de l'homme » est celui qui est dans l'article 2 de la Constitution turque de 1961 ou bien celui qui se trouve dans la Convention européenne des droits de l'homme. Si la première hypothèse est vraie, il n'y a pas de nouveauté, et la Cour confirme toujours son ancienne jurisprudence selon laquelle elle peut contrôler la conformité aux principes de la République des lois constitutionnelles. Mais dans ce cas, une question se pose : pourquoi la Cour constitutionnelle a-t-elle fait référence à la Convention européenne des droits de l'homme ? Et si la deuxième hypothèse est vraie, c'est-à-dire si ce « principe des droits de l'homme » est celui qui est exprimé par la Convention européenne, la Cour constitutionnelle ouvre encore une nouvelle ère : elle contrôle la conformité d'une révision constitutionnelle à une convention internationale ! Ainsi la thèse de la suprématie des normes du droit international sur la *constitution* a été confirmée et sanctionnée pour la première fois par une cour constitutionnelle nationale !

2. *Du point de vue du principe de l'Etat de droit.* – La Cour constitutionnelle souligne que, selon l'article 2 de la Constitution de 1961, l'Etat de droit est une caractéristique de la République de Turquie⁸². Ensuite la Cour tente de définir l'Etat de droit. Selon la Cour constitutionnelle turque, « l'Etat de droit désigne un Etat, qui respecte les règles de droit et de la Constitution, et dont les actes et les actions sont soumis au contrôle judiciaire »⁸³.

77. Signée à Rome le 4 novembre 1950.

78. La loi n° 6366 du 18 mai 1954, *Resmi Gazete* [Journal officiel], 19 mai 1954, n° 8662.

79. Décision n° 1977-4 du 25 janvier 1977 (Conseil supérieur des juges), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.117.

80. *Ibid.*

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*, p.117.

83. *Ibid.*

Ensuite la Cour observe que

« la disposition en question de la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 modifiant l'article 144 de la Constitution de 1961 supprime le contrôle judiciaire, et prive les juges de la garantie juridique. Dans un pays où les juges sont privés de recours juridictionnel, on ne peut pas prétendre que les individus bénéficient de la protection judiciaire. La radiation des magistrats peut être prononcée par la décision du Conseil supérieur des juges, cependant ces décisions ne peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel. Ceci est inconciliable avec le droit. C'est pourquoi, la fermeture du recours juridictionnel à l'encontre des décisions du Conseil supérieur des juges est contraire à la caractéristique de l'Etat de droit de la République »⁸⁴.

3. *Du point de vue du principe d'égalité.* – La Cour constitutionnelle affirme que l'un des éléments essentiels de l'Etat de droit est le principe d'égalité. Selon la Cour, la disposition en question est contraire à ce principe, car,

« tous les fonctionnaires, y compris les juges de la Cour de Cassation et ceux du Conseil d'Etat, ont le droit d'intenter le recours juridictionnel à l'encontre des actes administratifs concernant leur statut. Or les juges judiciaires ne bénéficient pas d'un tel droit. Il est évident que cette situation est inconciliable avec le principe d'égalité »⁸⁵.

En résumé, la Cour constitutionnelle conclut que

« la phrase 'les décisions du Conseil ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance' porte atteinte aux principes d'Etat de droit et des droits de l'homme, ceux-ci étant les caractéristiques de la République de Turquie. Par conséquent, cette phrase tombe dans l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. C'est pourquoi elle est contraire à la Constitution. Elle doit alors être annulée du point de vue de sa forme »⁸⁶.

En conséquence, la Cour constitutionnelle a annulé la disposition selon laquelle « les décisions du Conseil ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance » par 14 voix contre 1⁸⁷.

f. La décision n°1977-117 du 27 septembre 1977, Conseil supérieur des procureurs⁸⁸

La loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971⁸⁹ a révisé l'article 137 de la Constitution de 1961 concernant l'autorité des décisions du Conseil supérieur des procureurs comme suit :

Article 137 (alinéa 2). – [...] Le Conseil supérieur des procureurs a la compétence de statuer sur les sanctions disciplinaires et la radiation des procureurs, ainsi que sur d'autres affaires relevant de leur statut. Les décisions du Conseil sont définitives et elles ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance.

84. *Ibid.*, p.117-118.

85. *Ibid.*, p.118.

86. *Ibid.*

87. *Ibid.*, p.119. Pour l'opinion dissidente du juge Nihat O. Akçakayalioglu, voir *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.129-131.

88. Cour constitutionnelle turque : décision n° 1977-117 du 27 septembre 1977, (Conseil supérieur des procureurs), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.444-463.

89. *Resmi Gazete* [Journal officiel], n° 13964 du 22 septembre 1971.

Ainsi la nouvelle version de l'article 137, adoptée par la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971, exclut tout recours juridictionnel à l'encontre des décisions du Conseil supérieur des procureurs⁹⁰.

En l'espèce, le Conseil supérieur des procureurs a procédé à une sanction disciplinaire contre un procureur. Ce dernier avait intenté un recours en annulation devant le Conseil d'Etat à l'encontre de cette décision. La 5^e chambre du Conseil d'Etat a saisi la Cour constitutionnelle par voie d'exception aux fins d'appréciation de la conformité à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, de la disposition de l'article 137 de la Constitution prévoyant que « les décisions du Conseil supérieur des procureurs sont définitives et qu'elles ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance »⁹¹.

A l'égard de notre question, c'est-à-dire celle de savoir si la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, cette affaire est intéressante. Car, dans cette affaire, la Cour constitutionnelle, pour la première fois, ne discute même pas la question de sa compétence. Elle entre directement dans le fond de l'affaire. Or, comme nous l'avons vu, dans sept décisions précédentes, la Cour avait d'abord discuté sa compétence et elle avait affirmé, en répétant toujours la même motivation, qu'elle était compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

On peut penser que la Cour n'a pas estimé nécessaire de répéter sa motivation habituelle, probablement en supposant que sa jurisprudence était établie.

Ainsi la Cour constitutionnelle turque a examiné directement la régularité de la disposition stipulant que « les décisions du Conseil supérieur des procureurs sont définitives et qu'elles ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance » à l'égard de l'article 9 de la Constitution⁹².

La Cour constitutionnelle rappelle sa décision précédente par laquelle elle a annulé la nouvelle version de l'article 144 prévoyant la même disposition en ce qui concerne les décisions du Conseil supérieur des juges. La Cour constitutionnelle affirme que

« le Conseil supérieur des procureurs est un organe administratif comme le Conseil supérieur des juges. De plus, parmi les personnes composant le Conseil supérieur des procureurs, il y a des personnes faisant partie directement de l'organe exécutif. Sans aucun doute, le Conseil supérieur des procureurs qui est chargé des affaires disciplinaires des procureurs et des affaires relevant de leur statut est une institution de nature administrative comme le Conseil supérieur des juges. Par conséquent, les moyens d'annulation de la

90. Rappelons que, comme nous venons de l'étudier, la nouvelle version de l'article 144 adoptée par la même loi constitutionnelle avait exclu tout recours juridictionnel contre les décisions du Conseil supérieur des juges.

91. Voir l'exposé des motifs de la 5^e Chambre du Conseil d'Etat, in *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.444-449.

92. Décision n° 1977-117 du 27 septembre 1977, (Conseil supérieur des procureurs), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.456.

disposition de l'article 144 adoptée par la révision constitutionnelle pour le Conseil supérieur des juges sont valables aussi pour la disposition de l'article 137 adoptée par la même révision constitutionnelle pour le Conseil supérieur des procureurs. Puisque l'exposé des motifs se trouve dans la décision citée ci-dessus (n°1977-4 du 27 janvier 1977, *Conseil supérieur des juges*), il n'est pas nécessaire de les répéter ici. Alors, la disposition de l'article 137, alinéa 2, en question prévoyant que les décisions du Conseil supérieur des procureurs ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance doit être annulée pour les mêmes motifs »⁹³.

En conclusion, la Cour constitutionnelle turque a décidé que la disposition de l'article 137, alinéa 2, adopté par la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971, prévoyant que « les décisions du Conseil supérieur des procureurs ne peuvent faire l'objet d'aucun recours devant une autre instance » est contraire à la disposition de l'article 9 de la Constitution stipulant que « la disposition de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est une république ne peut être modifiée, ni sa modification proposée ». Par conséquent la Cour a prononcé l'annulation de cette disposition par 13 voix contre 2⁹⁴.

Cette décision était la dernière rendue par la Cour constitutionnelle turque concernant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles sous la Constitution de 1961.

* * *

Après avoir ainsi vu la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque sous la Constitution de 1961 après 1971, maintenant nous pouvons passer à la critique de cette jurisprudence.

2. Critique

Nous allons critiquer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle à travers les questions suivantes :

- La question du contrôle de fond
- La question du contrôle de forme
- La question de l'étendue du contrôle de forme
 - Les dispositions de l'article 155 sont-elles des règles de forme ?
 - L'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est-elle une règle de forme ?
- La question de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution

93. *Ibid.*, p.456-457.

94. *Ibid.*, p.458. Les juges minoritaires sont Abdullah Üner et Nihat O. Akçakayalioglu. Leur opinion dissidente est annexée à ladite décision, voir *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.458-561.

a. La question du contrôle de fond

Après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, la Cour constitutionnelle turque pouvait-elle contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond* ?

La Cour constitutionnelle a donné une réponse négative à cette question. La Cour constitutionnelle s'est déclarée *incompétente* pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*, conformément au texte de l'article 147 de la Constitution⁹⁵. La Cour a constaté que la nouvelle version de l'article 147 de la Constitution de 1961, adoptée par la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971, lui interdit de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*,

En effet le contrôle de fond des lois constitutionnelles est exclu expressément par la nouvelle version de l'article 147 de la Constitution de 1961. Par conséquent, après 1971, la Cour constitutionnelle turque ne pouvait pas exercer un contrôle de fond sur les lois constitutionnelles, comme elle avait affirmé qu'elle pouvait le faire avant 1971. Par conséquent l'affirmation de la Cour constitutionnelle selon laquelle elle est incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond est conforme à la solution positive adoptée par la Constitution. C'est pourquoi, elle est loin des critiques.

Mais comme on va le voir en bas, cette déclaration d'incompétence quant au fond n'était qu'une affirmation apparente, car la Cour constitutionnelle a continué à faire en réalité un contrôle de fond sur les lois constitutionnelles. Sur ce point la jurisprudence de la Cour est critiquable, mais nous allons le voir en bas.

b. La question du contrôle de forme

Après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, la Cour constitutionnelle turque pouvait-elle contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme* ?

La Cour constitutionnelle a répondu à cette question par l'affirmative. La Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*⁹⁶. Car, la Cour a constaté que la nouvelle version de l'article 147 de la Constitution de 1961, adoptée par la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971, lui habilite reconnaître expressément la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*,

La doctrine constitutionnelle turque approuve la décision de la Cour constitutionnelle sur ce point. En effet, comme nous l'avons déjà vu, la nouvelle version de l'article 147 de la Constitution de 1961, adoptée par la loi constitutionnelle n° 1488

95. Décision n° 1975-87 du 15 avril 1975 (Durée de la détention provisoire, Tribunaux de sûreté d'Etat, Tribunaux militaires), *A.M.K.D.*, n° 13, 1976, p.427.

96. *Ibid.*, p.426-427.

du 20 septembre 1971, habilite expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*.

On peut donc conclure qu'après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, la Cour constitutionnelle turque pouvait contrôler sans aucun doute la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*, car selon notre cadre théorique développé dans le chapitre précédent⁹⁷, lorsque la Constitution elle-même a habilité un organe à se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles était possible. Puisque la Constitution de 1961 avec la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, elle-même, a prévu le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme, il est tout à fait normal que la Cour constitutionnelle puisse se prononcer sur la régularité formelle des lois constitutionnelles. Ainsi notre cadre théorique est confirmé par la pratique constitutionnelle de Turquie.

En conclusion, après 1971, la Cour constitutionnelle turque ne pouvait exercer qu'un contrôle de forme sur les lois constitutionnelles.

c. La question de l'étendue du contrôle de forme

Cependant il y avait une autre question qui se posait à la Cour constitutionnelle : celle de *l'étendue du contrôle de forme*. En d'autres termes, en quoi consistait donc le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme ?

En ce qui concerne le contrôle de forme, la Cour constitutionnelle a affirmé qu'elle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles, d'une part, aux dispositions de l'article 155 de la Constitution de 1961 qui déterminent les conditions de proposition, de délibération et d'adoption des révisions constitutionnelles, et d'autre part, à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. En d'autres termes, selon la Cour constitutionnelle, non seulement l'article 155, mais aussi l'article 9 de la Constitution, étaient une règle de forme.

Les dispositions de l'article 155 sont-elles des règles de forme ?

La Cour constitutionnelle a répondu par l'affirmative. Elle a affirmé que les dispositions de l'article 155 de la Constitution de 1961 qui déterminent les conditions de proposition (par un tiers au moins des membres de l'Assemblée), de délibération (interdiction de procédure d'urgence) et d'adoption (à la majorité des deux tiers) des révisions constitutionnelles étaient des règles de forme, et par conséquent l'examen de la conformité à ces règles d'une loi constitutionnelle donne lieu à un contrôle de forme.

97. Ce titre, Chapitre 1, § 1.

Ce point est loin des critiques. Car, puisque la Constitution prévoit le contrôle de forme des lois constitutionnelles, il est tout à fait normal que la Cour constitutionnelle vérifie la conformité des lois constitutionnelles aux conditions de proposition, de délibération et d'adoption prévues par l'article 155 de la Constitution.

En effet le contrôle de forme des lois constitutionnelles consiste à vérifier la conformité des lois constitutionnelles aux conditions de forme de la révision constitutionnelle. En d'autres termes, lorsque la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle quant à la forme, elle vérifie si cette loi a été proposée, délibérée et adoptée conformément aux dispositions de la Constitution qui règlent sa création. Alors dans le contrôle de forme des lois constitutionnelles, les règles de référence sont des dispositions de la Constitution qui déterminent la procédure de la révision constitutionnelle. Puisque dans la Constitution turque de 1961, la procédure de révision constitutionnelle est déterminée par les dispositions de l'article 155, l'examen de la conformité à ces dispositions d'une loi constitutionnelle donne lieu à un contrôle de forme. Et d'autre part, puisque la nouvelle version de l'article 147 habilite expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme, la Cour constitutionnelle a vérifié la conformité des lois constitutionnelles aux dispositions de l'article 155.

Mais, en allant encore plus loin, la Cour constitutionnelle a affirmé qu'elle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles, non seulement, aux dispositions de l'article 155 de la Constitution de 1961 qui déterminent les conditions de proposition, de délibération et d'adoption des révisions constitutionnelles, mais aussi, à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. En d'autres termes, selon la Cour constitutionnelle, l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution était une règle de forme. Voyons maintenant cette question.

L'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est-elle une règle de forme ?

La question posée. – Y a-t-il des règles de forme autres que celles prévues dans l'article 155 de la Constitution ? En d'autres termes, la Cour constitutionnelle peut-elle vérifier la conformité à d'autres règles de forme des lois constitutionnelles ?

La réponse de la Cour. – La réponse de la Cour constitutionnelle était affirmative. Les règles de forme ne consistaient pas seulement en des dispositions de l'article 155. Selon la Cour, l'article 9 prévoyant que « la disposition de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est une république ne peut être modifiée, ni sa modification proposée » est aussi une règle de forme. Car, selon la Cour, « puisque les dispositions de la Constitution concernant la proposition de révision constitutionnelle sont des *règles de forme*, la disposition qui interdit cette proposition est aussi une *règle de forme* ». Par conséquent l'examen de la constitutionnalité d'une

loi constitutionnelle à l'égard de l'article 9 était un contrôle de forme, et non pas un contrôle de fond⁹⁸.

Ainsi on peut dire que la Cour constitutionnelle a *une conception de contrôle de forme très large*. Il englobe non seulement les conditions de proposition, de délibération et d'adoption prévues par l'article 155, mais encore l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue par l'article 9. En d'autres termes, la Cour considère comme règles de forme, non seulement l'article 155, mais aussi l'article 9 de la Constitution.

Et cette interprétation de la Cour constitutionnelle a été critiquée très violemment dans la doctrine constitutionnelle turque. Voyons maintenant les critiques adressées à cette interprétation.

Les critiques adressées à la réponse de la Cour constitutionnelle. – Toutes les critiques s'accordent à dire que la Cour constitutionnelle dans ces décisions a fait en effet un contrôle de fond sous l'apparence d'un contrôle de forme.

1. Les auteurs qui désapprouvent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle commencent par souligner le but de la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971 qui modifie l'article 147 de la Constitution. Selon ces auteurs⁹⁹, on comprend clairement que le texte de l'article 147 interdit à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. D'ailleurs, selon ces auteurs, le but de cette révision dans l'article 147, comme le montre l'exposé des motifs, était d'exclure le contrôle de fond des lois constitutionnelles. En effet, selon l'exposé des motifs de la révision constitutionnelle,

« la Constitution habilite la Grande Assemblée nationale de Turquie en tant que législateur ordinaire et législateur constituant. Les actes de la Grande Assemblée nationale de Turquie en tant que législateur ordinaire, en dehors des exceptions déterminées dans la Constitution, sont soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle conformément à la procédure et aux principes fixés dans la Constitution... Cependant, la Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler la constitutionnalité des révisions constitutionnelles adoptées par la Grande Assemblée nationale de Turquie en tant que législateur constituant. En effet, notre Constitution, dans son article 4, alinéa 3, a posé la règle suivant laquelle 'nul individu ou nul organe ne peut exercer une compétence étatique qui ne trouve pas sa source dans la Constitution'. Alors, la compétence du contrôle de la constitutionnalité qui a été réservée par la Constitution aux lois et aux règlements intérieurs des Assemblées, ne peut pas être élargie par la Cour constitutionnelle aux lois constitutionnelles... Puisque, dans la pratique des années précédentes, les lois constitutionnelles ont fait l'objet du contrôle de la constitutionnalité, il est apparu nécessaire de clarifier le point de savoir si la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Ce contrôle est limité seulement à la vérification de la conformité des révisions constitutionnelles aux dispositions de la Constitution qui règlent la proposition, la délibération et l'adoption de ces révisions ; c'est-à-dire qu'il ne peut pas porter sur le fond

98. Décision n° 1975-87 du 15 avril 1975, p.430-431.

99. Özbudun, *op. cit.*, 1993, p.135 ; Onar, *op. cit.*, p.142-144 ; Soysal, *100 Soruda Anayasaların Anlamı* [Le sens de la Constitution en 100 questions], 1977, *op. cit.*, p.220-221 ; Türkçapar, *op. cit.*, p.35 ; Akad, *op. cit.*, p.39.

des révisions constitutionnelles... La révision de l'article 147 de la Constitution ne permettra pas d'interprétations et applications autres que ce sens »¹⁰⁰.

Comme on le voit, l'exposé des motifs est claire et veut mettre fin au débat sur la question de savoir si la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Dans l'exposé, on souligne que, la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles sur la forme, et non pas quant au fond.

2. D'ailleurs, comme nous l'avons vu plus haut, la Cour constitutionnelle, dans ses décisions rendues avant la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, a affirmé qu'elle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quand au fond en se fondant sur l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. En d'autres termes, la Cour avant 1971 a défini le contrôle de fond comme la vérification de la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Or après 1971, puisque la nouvelle version de l'article 147 lui interdit le contrôle de fond, alors la Cour a qualifié la même vérification comme un contrôle de forme. C'est-à-dire qu'avant 1971, selon la Cour constitutionnelle, l'article 9 de la Constitution était une règle de forme, mais après 1971, une règle de fond. Il n'y a aucune raison pour que la Cour constitutionnelle ait fait le revirement de jurisprudence, sinon pour contourner la nouvelle version de l'article 147 qui lui interdisait de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond¹⁰¹.

3. Yildizhan Yayla signale une difficulté technique d'accepter l'examen de la Cour constitutionnelle sur ce point comme un contrôle de forme. Les vices de procédure, dit M. Yayla, sont des vices réparables. Au moins, si un acte a été annulé pour vice de procédure, on peut, en principe, l'adopter à nouveau en respectant les règles de procédure. Or, la loi constitutionnelle qui a été annulée par la Cour constitutionnelle quant à la forme pour cause de la non-conformité à l'article 9 ne peut pas être adoptée de nouveau, car elle sera annulée de nouveau par la Cour constitutionnelle¹⁰².

4. D'autre part, comme le remarque le professeur Ergun Özbudun, la vérification de la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution « n'est possible qu'en entrant dans le fond de l'affaire. Or, l'article 147 de la Constitution révisée par la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971 n'attribue pas à la Cour constitu-

100. Exposé des motifs de la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971 (concernant la révision de l'article 147 de la Constitution). Cette exposée des motifs est annexée au compte rendu du séance n° 156 du 17 août 1971 de l'Assemblée nationale. *Millet Meclisi Tutanak Dergisi* [Recueil des comptes rendus de l'Assemblée nationale], (3^e Législature, Session 2, Séance 156), vol.17, p.16-17 cité par Onar, *op. cit.*, p.144.

101. Yayla, « Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü » [L'essence de la République d'après le Cour constitutionnelle], *op. cit.*, p.980 ; Türkçapar, *op. cit.*, p.32-33.

102. Yayla, « Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü » [L'essence de la République d'après le Cour constitutionnelle], *op. cit.*, p.980.

tionnelle la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond »¹⁰³.

En effet, la Cour constitutionnelle, dans cet examen, vérifie d'abord si le contenu de la loi constitutionnelle en question est en contradiction avec les caractéristiques de la République. Ensuite, si elle estime que le contenu de cette loi porte atteinte aux caractéristiques de la République, elle déclare que cette loi est contraire à l'interdiction de proposition prévue dans l'article 9 qui est considérée comme une règle de forme par la Cour constitutionnelle. En d'autres termes, le contrôle de la Cour constitutionnelle, même si l'on accepte qu'il soit un contrôle de forme, est formé de deux étapes : la première nécessite un examen complet du fond de la loi constitutionnelle¹⁰⁴, car la Cour confronte le contenu de la loi constitutionnelle aux caractéristiques de la République définies dans l'article 2 (l'Etat de droit, démocratique, laïque, social etc.). Dans la deuxième étape, si le contenu de la loi constitutionnelle en question est contraire à ces principes, la Cour constitutionnelle déclare la loi constitutionnelle contraire à l'article 9 qui est une règle de forme selon son interprétation. C'est pourquoi, Yildizhan Yayla qualifie ce contrôle comme « contrôle de forme entrant dans le fond »¹⁰⁵. Ensuite, M. Yayla pose la question suivante : « si la Cour constitutionnelle a dit qu'elle fait le contrôle de fond, qu'est-ce qu'elle pourrait faire d'autre que cette vérification »¹⁰⁶? Dans le même sens, le professeur Ergun Özbudun reproche à la Cour constitutionnelle de faire un « contrôle de fond sous l'apparence d'un contrôle de forme »¹⁰⁷.

5. En effet, ce point est révélé dans les décisions mêmes de la Cour constitutionnelle. Dans les décisions des 15 avril 1975 et 23 mars 1976, les paragraphes consacrés à l'examen de la conformité des lois constitutionnelles en question à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution se trouvent sous l'intitulé « *La question de la conformité à la condition de forme prévue dans l'article 9* »¹⁰⁸.

Il est significatif de voir que, dans les décisions du 12 octobre 1976, et du 27 janvier 1977, les mêmes paragraphes se trouvent sous l'intitulé « *V. L'examen du*

103. Özbudun, *op. cit.*, 1993, p.137.

104. Erdal Onar souligne que la première étape de cet examen ouvre la voie inévitablement à un contrôle de fond (Onar, *op. cit.*, p.146).

105. Yayla, « Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü » [L'essence de la République d'après le Cour constitutionnelle], *op. cit.*, p.980.

106. *Ibid.* Egalement, Burhan Kuzu constate que « si la Cour constitutionnelle avait voulu de faire le contrôle de fond, elle utiliserait le même formule » (Kuzu, *op. cit.*, p.179).

107. Özbudun, *op. cit.*, p.137. De même, à propos de l'interprétation de la Cour constitutionnelle selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est un règle de forme, le professeur Mümtaz Soysal parle d'« une méthode confuse et forcée » (Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı [Le sens de la Constitution en 100 questions]*, 1977, *op. cit.*, p.221).

108. Décision n° 1975-87 du 15 avril 1975 (Durée de la détention provisoire, Tribunaux de sûreté d'Etat, Tribunaux militaires), *A.M.K.D.*, n° 13, 1976, p.433 ; décision n° 1976-19 du 23 mars 1976 (Expropriation I), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.134.

fond du point de vue de la forme (sic) »¹⁰⁹. La Cour constitutionnelle turque déclare toujours qu'elle n'est pas compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*. Elle ne contrôle que la régularité formelle de ces lois. Or, dans ces décisions, comme le montre parfaitement cette expression ambiguë, elle examine bel et bien le fond de la loi constitutionnelle. Sinon que signifie l'expression « l'examen du fond du point de vue de la forme » ?

Il est encore frappant de constater que dans sa dernière décision (27 septembre 1977) sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles sous la Constitution de 1971, la Cour constitutionnelle a examiné la conformité de loi constitutionnelle en question à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution sous l'intitulé « *V. L'examen de fond* »¹¹⁰. Ceci alors que l'article 147 de la Constitution, depuis la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, lui interdit expressément de faire le contrôle de fond des lois constitutionnelles.

6. On peut critiquer non seulement la jurisprudence de la Cour constitutionnelle selon laquelle elle peut examiner la conformité des révisions constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, mais aussi l'*application* même dans les cas concrets de cette jurisprudence. Par exemple, comme nous l'avons déjà signalé, la Cour constitutionnelle, en affirmant toujours la même jurisprudence, en suivant toujours le même raisonnement, est arrivée à deux conclusions diamétralement opposées sur la même loi constitutionnelle dans un intervalle de 6 mois.

Dans sa première décision du 23 mars 1976, (*Expropriation I*), la Cour constitutionnelle, en considérant que

« les alinéas 2 et 3 de l'article 38 de la Constitution révisée par la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 *ne sont pas* contraires à la règle de forme se trouvant dans l'article 9 de la Constitution selon laquelle 'la disposition de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est une république' ne peut être modifiée, ni sa modification proposée »¹¹¹,

a rejeté la demande en annulation par 8 voix¹¹² contre 7¹¹³.

109. [*V. Esasin Biçim Yönünden İncelenmesi*]. Décision n° 1976-46 du 12 octobre 1976 (*Expropriation II*), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.265 ; Cour constitutionnelle turque : décision n° 1976-47 du 12 octobre 1976 (*Expropriation III*), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.294 ; Cour constitutionnelle turque : décision n° 1977-4 du 25 janvier 1977 (Conseil supérieur des juges), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.112.

110. Décision n° 1977-117 du 27 septembre 1977, (Conseil supérieur des procureurs), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.456.

111. Décision n° 1976-19 du 23 mars 1976 (*Expropriation I*), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.140-141.

112. Kani Vrana, Ahmet Akar, Halit Zarbun, Abdullah Üner, Lütfi Ömerbas, Hasan Gürsel, Ahmet Salih Cebi et Nihat O. Akçakayalioglu.

113. Sevket Müftügil, İhsan Ecemis, Ziya Önel, Ahmet Koçak, Sekip Copuroglu, Muhittin Gürün et Ahmet Boyacioglu.

Six mois plus tard, dans sa décision du 12 octobre 1976 (*Expropriation II*), la Cour constitutionnelle, en considérant que

« les alinéas 2 et 3 de l'article 38 de la Constitution révisée par la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 *sont* contraires à la règle de forme se trouvant dans l'article 9 de la Constitution selon laquelle 'la disposition de la Constitution stipulant que la forme de l'Etat est une république' ne peut être modifiée, ni sa modification proposée »¹¹⁴,

a prononcé l'annulation de ces dispositions par 8 voix¹¹⁵ contre 7¹¹⁶.

Comme on le voit, la Cour constitutionnelle a répété, dans ces deux décisions, la même motivation mot pour mot, dans la première pour *valider* la révision constitutionnelle, dans la deuxième pour *invalidier*. Il y a toujours l'application de la même interdiction de réviser la Constitution (celle prévue par l'article 9). Il s'agit également de la même révision constitutionnelle (celle du 20 septembre 1971 révisant l'article 38 de la Constitution). Dans la première, la Cour constitutionnelle a décidé que cette révision constitutionnelle était *conforme* à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution? Dans la deuxième, elle a conclu que la même révision constitutionnelle était *contraire* à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.

Cette application diamétralement opposée de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution sur la même révision constitutionnelle, dans deux décisions séparées d'un intervalle de 6 mois, est inexplicable. Elle est contraire au principe de l'Etat de droit qui nécessite une sécurité juridique et une stabilité dans l'ordre constitutionnel.

En effet, cette situation est probablement due au fait que deux membres (Ihsan Ecemis et Ahmet Akar) participant à la délibération de la première décision ont été remplacés par deux autres membres (Fahrettin Uluç et Adil Esmer) dans la deuxième décision et que ces derniers ont voté pour l'annulation de la loi constitutionnelle en question. Ceci montre que l'interprétation de la Cour constitutionnelle est tout à fait point subjective, et par conséquent que le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond est très dangereux. En effet, la vérification de la conformité aux principes de la République des lois constitutionnelles dépend inévitablement de l'appréciation personnelle des membres de la Cour constitutionnelle. Ainsi le changement de deux membres de la Cour suffit à annuler une révision constitutionnelle adoptée par la majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale élue par voix du peuple.

114. Décision n° 1976-46 du 12 octobre 1976 (*Expropriation II*), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.277-278.

115. Sevket Müftügil, Ziya Önel, Ahmet Koçak, Sekip Copuroglu, Fahrettin Uluç, Muhittin Gürün, Adil Esmer et Ahmet Boyacioglu.

116. Kani Vrana, Ahmet Akar, Halit Zarbun, Abdullah Üner, Lûtfi Ömerbas, Hasan Gürsel, Ahmet Salih Cebi et Nihat O. Akçakayalioglu.

7. Il nous semble que la Cour constitutionnelle turque, à cette époque, ne se considérait pas comme liée par les dispositions de la Constitution.

Avant 1971 elle s'était déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme et au fond. De plus elle avait élargi, par l'interprétation, l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.

Comme réaction à cette jurisprudence, le pouvoir de révision constitutionnelle, avec la loi constitutionnelle du 20 septembre 1971, a interdit expressément à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond.

Après 1971, la Cour constitutionnelle a cependant répété sa jurisprudence avant 1971. Comme nous l'avons vu, il a affirmé que l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est une règle de forme, par conséquent, elle peut contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme. La Cour a examiné la conformité aux caractéristiques de la République des lois constitutionnelles, dans les décisions des 15 avril 1975 et 23 mars 1976, sous l'intitulé « *La question de la conformité à la condition de forme prévue dans l'article 9* »¹¹⁷; dans les décisions des 12 octobre 1976 et 27 janvier 1977 sous l'intitulé « *V. L'examen du fond du point de vue de la forme (sic)* »¹¹⁸, et enfin dans la décision du 27 septembre 1977, elle a fini par utiliser carrément l'intitulé « *V. L'examen de fond* »¹¹⁹.

Or, le contrôle de fond des lois constitutionnelles a été expressément exclu par la nouvelle version de l'article 147 adoptée par la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971. Comme on le voit, la Cour constitutionnelle turque ne se sentait pas liée par les dispositions expresses de la Constitution.

C'est pourquoi, on peut soupçonner légitimement de d'« *obéissance au législateur constituant* » des juges de la Cour constitutionnelle turque. En d'autres termes, chez les juges constitutionnels turcs, la question de savoir s'il existe une « *idéologie normative* », c'est-à-dire un « *sentiment d'être lié par les règles* », se pose inévitablement.

Alf Ross explique que la validité de droit est fondée en effet sur des « *hypothèses relatives à la vie spirituelle des juges* ». Il parle de l'« *obéissance des juges au législateur* » ou du « *sentiment des juges d'être lié par les règles* »¹²⁰. Dans le

117. Décision n° 1975-87 du 15 avril 1975 (Durée de la détention provisoire, Tribunaux de sûreté d'Etat, Tribunaux militaires), *A.M.K.D.*, n° 13, 1976, p.433 ; décision n° 1976-19 du 23 mars 1976 (Expropriation I), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.134.

118. Décision n° 1976-46 du 12 octobre 1976 (Expropriation II), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.265 ; décision n° 1976-47 du 12 octobre 1976 (Expropriation III), *A.M.K.D.*, n° 14, 1977, p.294 ; décision n° 1977-4 du 25 janvier 1977 (Conseil supérieur des juges), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.112.

119. Décision n° 1977-117 du 27 septembre 1977, (Conseil supérieur des procureurs), *A.M.K.D.*, n° 15, 1978, p.456.

120. Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958, p.36-38 (Extrait de-) in Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.325).

même sens, Aulis Aarnio parle de l'« *idéologie normative des juges* »¹²¹. Selon Alf Ross « le droit présuppose que le juge ait un comportement régulier, mais aussi qu'il ait le sentiment d'être lié par les règles », c'est-à-dire qu'il obéisse au législateur. Sans quoi, les normes édictées par le législateur ne pourront pas être valables. Par exemple, supposons que le juge inflige des sanctions en cas d'avortement. Si un jour le législateur édicte une nouvelle loi dépénalisant l'avortement, le juge change soudain son comportement et il n'inflige plus de sanction en cas d'avortement. La nouvelle loi est valable, car le juge a changé son comportement. Mais si le juge continue à appliquer les sanctions en cas d'avortement malgré la nouvelle loi, ceci signifie que la nouvelle loi n'est pas valable, car, elle est privée de toute efficacité. Alors, la validité de la nouvelle loi est fondée aussi sur l'idéologie normative des juges consistant en l'obéissance des juges au législateur, autrement dit, sur le sentiment des juges d'être lié par les règles¹²².

A notre avis, on peut affirmer la même chose en matière de révision constitutionnelle. Et on peut dire qu'une loi de révision constitutionnelle n'est valable que si les juges constitutionnels se considèrent liés à la nouvelle règle constitutionnelle.

En d'autres termes, en suivant le raisonnement d'Alf Ross, nous pouvons parler de l'« *obéissance des juges constitutionnels au législateur constituant* » ou du « *sentiment des juges constitutionnels d'être liés par les révisions constitutionnelles* » ou bien, en suivant d'Aulis Aarnio, de l'« *idéologie normative des juges constitutionnels* ». Ainsi nous pouvons conclure que sans cette obéissance, ce sentiment ou cette idéologie, les révisions constitutionnelles ne peuvent être valables.

A la lumière de cette explication théorique, si l'on regarde la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque après 1971, on constate que les juges de la Cour constitutionnelle turque ne se sont pas montrés très attachés à cette « *idéologie normative* », à cette « *obéissance au législateur constituant* », autrement dit, ils n'ont pas le « *sentiment d'être liés par les révisions constitutionnelles* ». Car, après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, ils ont répété leur jurisprudence avant cette révision constitutionnelle. Or, comme réaction à leur jurisprudence avant 1971, le pouvoir de révision constitutionnelle, avec la loi de révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, leur a interdit expressément de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. Si les juges constitu-

121. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable...*, *op. cit.*, p.53. Egalement voir Aulis Aarnio, « On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms », in W. Krawietz, Th. Mayer-Mly et O. Weinberger (ed.), *Objectivierung des Rechtsdenkens: Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p.427-437, (Extrait de-) in Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.328 : « ... Une norme juridique est en vigueur, si et seulement s'il est possible que la norme appartienne à l'*idéologie normative* qui oblige une autorité. En des termes plus simples : si l'on peut présumer qu'une autorité se considérera liée à la norme juridique ; de ce fait, cette norme juridique est en vigueur ».

122. Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p.36-38 (Extrait de-) in Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.325). Egalement voir Aarnio, « On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms », *op. cit.*, p.427-437 (Extrait de-) in Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.328).

tionnels turcs avaient eu ce « *sentiment d'être liés par les révisions constitutionnelles* », ils auraient dû changer leur comportement et se déclarer incompétents pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. A la suite de ce comportement des juges constitutionnels, la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971 a perdu son efficacité, et par conséquent sa validité.

Ainsi la Cour constitutionnelle turque est devenue le vrai pouvoir constituant dérivé dans le pays.

L'appréciation générale de la question. – D'abord, en partant de notre conception du droit que nous suivons tout au long de cette thèse, nous pouvons affirmer qu'il faut rechercher la *réponse positive* à la question de savoir si l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est une règle de forme.

D'abord rappelons que selon la nouvelle version de l'article 147 adoptée par la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971,

« La Cour constitutionnelle contrôle... la conformité des lois constitutionnelles aux conditions de forme indiquées dans la Constitution ».

Ainsi selon cet article, la Cour constitutionnelle peut examiner la constitutionnalité des lois constitutionnelles à l'égard des « conditions de forme indiquées dans la Constitution ». Alors du point de vue du droit positif, la question qui se pose ici consiste en celle de déterminer les « conditions de forme indiquées dans la Constitution ».

La Cour constitutionnelle a considéré les dispositions de l'article 155 comme « conditions de forme » au sens de l'article 147. Sur ce point, comme nous l'avons montré, l'affirmation de la Cour constitutionnelle est approuvée par la doctrine constitutionnelle. Nous pouvons alors constater que la Cour constitutionnelle peut vérifier la conformité aux dispositions de l'article 155 des lois constitutionnelles. Parce que les dispositions de l'article 155 sont des « conditions de forme », et que l'article 147 habilite expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux « conditions de forme indiquées dans la Constitution ».

Alors pour que la Cour constitutionnelle puisse contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, il faut montrer que l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution peut être considérée comme une « *condition de forme* » au sens de l'article 147 de la Constitution de 1961.

En d'autres termes, la question de savoir si la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution se transforme en celle de savoir si l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution peut être considérée comme une « *condition de forme* »

au sens de l'article 147 de la Constitution. C'est-à-dire qu'il faut d'abord répondre à la question de savoir si l'expression « *conditions de forme* » utilisé dans l'article 147, al.1, de la Constitution de 1961 englobe non seulement les dispositions de l'article 155, mais aussi la disposition de l'article 9 de la Constitution.

Alors il faut *interpréter* l'expression « *conditions de forme* » utilisée dans l'article 147 qui détermine la compétence de la Cour constitutionnelle. Sans doute chacun peut interpréter cette expression, comme il l'entend. En droit seulement l'une des ces interprétations peut être valable ; les autres ne sont que des opinions personnelles. Alors, il faut choisir l'interprétation authentique, c'est-à-dire celle qui ne peut être juridiquement contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques.

Alors déterminons l'interprétation authentique de l'expression « *conditions de forme* », utilisée dans l'article 147 visé, et pour laquelle la Cour constitutionnelle a reçu la compétence de contrôle. Dans le système de la Constitution turque de 1961, l'interprétation donnée à la Constitution par la Cour constitutionnelle est authentique, car, les décisions de la Cour constitutionnelle sont définitives, il n'existe pas de voie de recours à l'encontre de ses décisions, et celles-ci lient tous les organes de l'Etat (art.152 de la Constitution de 1961). En d'autres termes, nul ne pourrait contester juridiquement l'interprétation de la Cour constitutionnelle, d'une part parce qu'il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait la confronter, d'autre part parce qu'elle n'est pas annulable et produit des effets juridiques quel que soit son contenu.

Et la Cour constitutionnelle turque a interprété l'expression « *conditions de forme* » employée dans l'article 147, comme englobant non seulement les dispositions de l'article 155, mais aussi celle de l'article 9. Elle a dit clairement que l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est une règle de forme.

Alors il nous reste à conclure que, selon l'interprétation authentique de la Cour constitutionnelle, l'expression « *conditions de forme* » mentionnée dans l'article 147 de la Constitution qui détermine la compétence de la Cour constitutionnelle comprend aussi l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Par conséquent, l'article 9 est une règle de forme et de ce fait, la vérification de la conformité à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution des lois constitutionnelles est un contrôle de forme, et non pas un contrôle de fond, selon toujours l'interprétation authentique de la Cour constitutionnelle turque. Par conséquent, la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles non seulement aux dispositions de l'article 155, mais aussi à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.

Voilà la seule réponse qui est valable. Cependant cette solution, comme nous l'avons montré plus haut est sévèrement critiquable. Nous aussi *personnellement* nous désapprouvons entièrement l'interprétation de la Cour constitutionnelle selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article

9 de la Constitution est une règle de forme. Cependant, *du point de vue du droit positif*, c'est la seule interprétation qui est valable.

* * *

Les arrêts de la Cour constitutionnelle sont définitifs. La Cour a le pouvoir d'interprétation authentique. Néanmoins la Cour constitutionnelle n'est pas à l'abri des réactions des autres organes du système constitutionnel. Il est vrai que la Cour constitutionnelle est libre de choisir son comportement. Mais elle doit prendre en considération les réactions qu'elle peut déclencher de la part de ses partenaires, car, en dernière analyse, la Cour constitutionnelle elle aussi fonctionne dans un système politique. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est une règle de forme pourrait, à long terme, mettre en danger les intérêts institutionnels de la Cour elle-même.

En effet, comme nous allons le voir plus bas, juste quelques années après ces décisions de la Cour constitutionnelle, à la suite du coup d'Etat du 12 septembre 1980, le pouvoir constituant originaire qui a fait la Constitution turque de 1982, comme réaction à l'interprétation de la Cour selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est une règle de forme, a précisé, dans l'article 148, alinéa 2, de la nouvelle Constitution, en quoi consiste-t-il le contrôle de forme :

« Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme se limite à la vérification du respect des majorités nécessaires à leur proposition, et leur adoption et à la condition d'après laquelle elles ne peuvent pas être délibéré selon la procédure d'urgence ».

Nous allons voir cette disposition en détail plus bas. Mais notons tout de suite que sous la Constitution de 1982, devant cette définition claire du contrôle quant à la forme, il est peu probable que la Cour constitutionnelle puisse réaffirmer sa jurisprudence selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat est une règle de forme, et qu'elle peut contrôler la conformité à cette règle des lois constitutionnelles.

d. La question de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution

Après avoir affirmé qu'elle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, il y avait encore une autre question qui se posait à la Cour constitutionnelle : celle de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, c'est-à-dire, celle de la définition de la « forme républicaine de l'Etat ». En quoi consiste l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution ? Comment peut-on déterminer l'étendue de cette interdiction ? Que protège l'article 9 ? Qu'est-ce qui est intangible selon cet article ? En d'autres termes, l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitu-

tion protège-t-elle la République en tant que forme de l'Etat (art.1) mais aussi les caractéristiques de cette République définies dans l'article 2 ?

La Cour constitutionnelle turque a donné une réponse affirmative à ces questions. Elle a *interprété encore d'une façon large* l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Selon cette interprétation, l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution protège non seulement la forme républicaine de l'Etat déterminée dans l'article 1^{er}, mais aussi les caractéristiques de cette République définies dans l'article 2 de la Constitution à savoir l'Etat de droit, démocratique, laïque et social, basé sur les droits de l'homme. A ce propos, la Cour constitutionnelle a maintenu sa jurisprudence du 16 juin 1970¹²³, en répétant sa motivation de l'époque¹²⁴.

Ainsi la Cour constitutionnelle s'est déclarée, après 1971 tout comme avant 1971, compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles à l'égard non seulement de l'article 1 qui dit que « l'Etat turc est une République », mais aussi des caractéristiques de la République définies dans l'article 2 de la Constitution. Car, selon la Cour constitutionnelle, l'interdiction de réviser la Constitution prévue par l'article 9 protège non seulement l'article 1 qui détermine la forme républicaine de l'Etat, mais aussi les caractéristiques de cette République définies dans l'article 2. Comme on le voit la Cour interprète cette interdiction d'une façon très large. Ainsi selon la Cour, elle pouvait contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces caractéristiques.

En résumé, la Cour définit le *mot « république » dans son sens large*. Selon la Cour, ce qui est intangible est non seulement le *mot « république »*, mais aussi le *régime républicain* dont les caractéristiques sont définies dans l'article 2 de la Constitution, c'est-à-dire, l'Etat de droit démocratique, national, laïque, et social, basé sur les droits de l'homme.

Cette interprétation aussi a été très sévèrement critiquée dans la doctrine constitutionnelle turque. En effet, cette interprétation n'était pas une nouveauté, mais l'affirmation de sa jurisprudence avant 1971. Nous avons donné les critiques adressées à l'interprétation large par la Cour constitutionnelle de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution plus haut¹²⁵. C'est pourquoi nous ne reprenons pas ici ces critiques.

Conclusion (Sous la Constitution de 1961 après 1971)

En Turquie, comme venons de le voir avec les détails plus haut, sous la Constitution de 1961, après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles a été expressément réglé. Par conséquent, après 1971, le cas de la Turquie doit être

123. Voir cette sous-section, § 1, A, 1, a. (*Supra*, p.570-577, pour la motivation voir p.575).

124. Décision n° 1975-87 du 15 avril 1975, A.M.K.D., n° 13, 1976, p.429.

125. Voir *supra*, cette sous-section, § 1, B, 2, f. (*Supra*, p.599-611).

analysé comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution*.

Dans un tel système, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle. Selon la version de l'article 147 adoptée par la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, la Cour constitutionnelle turque pouvait contrôler sans aucun doute la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*, car cet article a habilité expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme.

Ainsi avec cette solution textuelle positive, on pouvait attendre que la Cour constitutionnelle continue à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*. Conformément à cette réglementation constitutionnelle, la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme. Et elle a contrôlé effectivement la constitutionnalité de six lois constitutionnelles quant à la forme. Alors en Turquie, dans cette période, les limites de forme à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution de 1961 étaient sanctionnées par le contrôle de la Cour constitutionnelle. Par conséquent, le pouvoir de révision constitutionnelle était effectivement lié par ces limites selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle.

Par contre, sous la Constitution de 1961, après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, la Cour constitutionnelle ne pouvait pas contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*, car ceci a été expressément exclu par l'article 147 de la Constitution.

Après cette révision constitutionnelle, on pouvait attendre que la Cour constitutionnelle change sa jurisprudence, et se déclare incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*. Conformément à la réglementation constitutionnelle après 1971, la Cour constitutionnelle s'est déclarée incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. Mais cette déclaration d'incompétence n'était qu'une affirmation apparente, car, comme nous venons de le voir, la Cour constitutionnelle a continué à exercer un contrôle de fond sur les lois constitutionnelles. En effet la Cour constitutionnelle a contrôlé la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, car, selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle, la disposition de l'article 9 était une règle de forme.

Nous avons critiqué longuement cette interprétation de la Cour constitutionnelle. Mais nous avons également signalé que l'interprétation de la Cour constitutionnelle est authentique, et par conséquent sous cette période, la vérification de la conformité des lois constitutionnelles à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution était un contrôle de forme selon l'interprétation authentique de la Cour constitutionnelle.

* * *

Sous-section 2

SOUS LA CONSTITUTION DE 1982

Après avoir vu le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Turquie sous la Constitution de 1961 dans la sous-section précédente, nous examinerons maintenant le même problème, dans le même pays, mais sous la Constitution de 1982.

Nous verrons d'abord la *réglementation* de la Constitution (§ 1), ensuite la *jurisprudence* de la Cour constitutionnelle (§ 2), et enfin nous essayerons de faire une *appréciation générale* du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans le système de la Constitution turque de 1982 (§ 3).

§ 1. LA REGLEMENTATION CONSTITUTIONNELLE

La Constitution turque de 1961 a été déconstitutionnalisée par le coup d'Etat du 12 septembre 1980. La nouvelle Constitution turque a été adoptée par le référendum du 7 novembre 1982¹.

Comme la loi constitutionnelle n° 1488 du 20 septembre 1971 révisant l'article 147 de la Constitution de 1961, la Constitution de 1982, elle aussi, régleme^te expressément le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

A cet égard il convient de citer essentiellement les trois dispositions de la Constitution de 1982 : les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 148 et l'alinéa 1 de l'article 149. L'alinéa 1^{er} de l'article 148 détermine la compétence de la Cour constitutionnelle sur les lois constitutionnelles (A). L'alinéa 2 du même article définit l'étendue du contrôle de forme des lois constitutionnelles (B). Enfin l'article 149, alinéa 1, pose une règle peu habituelle pour un organe juridictionnel, selon laquelle la Cour

1. Loi n° 2709 du 7 novembre 1982, *Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi* [Journal officiel de la République turque], n°17863 du 9 novembre 1982. Pour sa traduction française, voir : *Constitution de la République turque de 1982*, (Traduction établie par la Direction générale turque de la presse et de l'information), Ankara, 1982.

constitutionnelle ne peut prononcer l'annulation des lois constitutionnelles qu'à la majorité des deux tiers de ses membres (C).

A coté de ces dispositions spéciales pour le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, il faut aussi voir brièvement les dispositions qui sont prévues pour le contrôle de la constitutionnalité des lois *quant à la forme* (D). Car, comme on va le voir, puisque la Cour constitutionnelle ne peut contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles que sur la forme, ces dispositions sont applicables aussi au contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Voyons maintenant les dispositions de la Constitution de 1982 qui régulent le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

A. LA COMPETENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE : LE CONTROLE DE FORME EST PREVU, MAIS LE CONTROLE DE FOND EST EXCLU (art.148, al.1)

La compétence de la Cour constitutionnelle est déterminée dans l'article 148, alinéa 1^{er} de la Constitution de 1982 :

« La Cour constitutionnelle contrôle la conformité à la Constitution, quant à la forme et quant au fond, des lois, des décrets-lois et du Règlement intérieur de la Grande Assemblée nationale de Turquie. *En ce qui concerne les révisions constitutionnelles, son examen et son contrôle portent exclusivement sur la forme* ».

Ainsi, la Constitution de 1982 prévoit la compétence de la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles uniquement quant à la forme. En d'autres termes, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond* a été exclu expressément par la Constitution.

Alors dans la Constitution turque de 1982, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles a été expressément réglementé. Par conséquent, le cas de la Turquie sous la Constitution de 1982, doit être analysée comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution*.

Nous avons vu plus haut² les données théoriques de ce problème dans un tel système. D'ailleurs, dans la Constitution de 1961 après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971 aussi, ce problème avait été réglementé de la même façon. Nous l'avons étudié plus haut. C'est pourquoi, sans entrer dans les détails, affirmons que, dans un tel système, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle.

Comme on vient de le dire, dans la Constitution de 1982, le contrôle de forme des lois constitutionnelles a été prévu expressément, mais le contrôle de fond en a été exclu.

2. Ce titre, Chapitre 1, § 1, A.

Ainsi on peut conclure que sous la Constitution de 1982, la Cour constitutionnelle turque peut contrôler sans aucun doute la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*, car l'article 148, alinéa 1, de la Constitution habilite expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme.

Par contre, les lois constitutionnelles ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de fond de la Cour constitutionnelle, car ceci est exclu expressément par le même article de la Constitution.

B. L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE DE FORME (art.148, al.2)

La Constitution de 1982 n'a pas seulement précisé que la Cour constitutionnelle est compétente pour le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme ; elle a également limité l'étendue de ce contrôle, en définissant, dans son article 148, alinéa 2, en quoi consiste le contrôle de forme :

« Le contrôle de la constitutionnalité des révisions constitutionnelles quant à la forme se limite à vérifier si elles ont été proposées et votées à la majorité prévue et si l'interdiction d'en délibérer selon la procédure d'urgence est respectée ».

On se souviendra que, sous la Constitution de 1961, à la suite des décisions des 15 avril 1975, 23 mai 1976, 12 octobre 1976, 27 janvier 1977 et 27 septembre 1977, un débat sur la définition du contrôle de forme avait surgi. Selon la Cour constitutionnelle, l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution de 1961 était une règle de forme et par conséquent l'examen de la conformité à cette règle des lois constitutionnelles donnait lieu à un contrôle de forme. Or, selon la majorité écrasante de la doctrine, la disposition de l'article 9 était une règle de fond et en vérifiant la conformité des lois constitutionnelles à cette règle, la Cour constitutionnelle faisait un contrôle de fond qui lui avait été interdit expressément par la Constitution de 1961. Le constituant de 1982 a eu l'intention de mettre fin à ce débat. Comme réaction à cette jurisprudence, il a défini en quoi consistait le contrôle de forme des lois constitutionnelles dans l'article 148, alinéa 2, de la Constitution de 1982.

Selon cet alinéa, la Cour constitutionnelle ne peut vérifier la conformité des lois constitutionnelles qu'aux trois conditions de forme suivantes.

1. Le respect de la majorité nécessaire à la proposition de la révision constitutionnelle

Comme nous l'avons vu dans la première partie³, selon l'alinéa 1^{er} de l'article 175 de la Constitution de 1982, « la révision de la Constitution peut être proposée par un tiers au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie ». Alors, la Cour constitutionnelle peut vérifier si la révision constitutionnelle a été proposée par un tiers au moins du nombre total des membres

3. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 3, A.

de la Grande Assemblée nationale de Turquie. Si la proposition a été faite par les membres ne constituant pas au moins un tiers de nombre total de l'Assemblée, la Cour constitutionnelle peut prononcer l'annulation de cette révision constitutionnelle.

2. Le respect des majorités nécessaires à l'adoption de la révision constitutionnelle

Comme nous l'avons vu dans la première partie⁴, selon l'article 175 de la Constitution de 1982, les lois constitutionnelles doivent être adoptées à la majorité des *trois cinquièmes* du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. Mais lorsque le président de la République renvoie la loi constitutionnelle à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération, la loi renvoyée doit être adoptée à la majorité des *deux tiers* du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. Alors, la Cour constitutionnelle peut vérifier si la loi constitutionnelle a été adoptée à ces majorités. Si ce n'est pas le cas, la Cour peut prononcer l'annulation de cette loi constitutionnelle.

3. L'interdiction de délibérer les révisions constitutionnelles selon la procédure d'urgence

Selon la version originale de l'article 175, alinéa 1, de la Constitution de 1982,

« les propositions de révisions constitutionnelles ne peuvent faire l'objet de la procédure d'urgence ».

Cette disposition a été révisée par la révision constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 de la façon suivante :

« les propositions de révision de la Constitution sont délibérées deux fois dans l'Assemblée plénière ».

Il faut alors interpréter l'expression « interdiction de délibérer les lois constitutionnelles selon la procédure d'urgence » utilisée dans l'article 148, alinéa 2, comme « la condition de deux délibérations »⁵.

* * *

Devant cette définition claire du contrôle quant à la forme, sous la Constitution de 1982, la Cour constitutionnelle ne peut pas réaffirmer sa jurisprudence selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat est une règle de forme, et par conséquent elle peut contrôler la conformité à cette interdiction des lois constitutionnelles.

D'ailleurs, sous la Constitution de 1982, lors de son contrôle de forme, la Cour constitutionnelle ne peut pas examiner les vices de forme autres que ces trois conditions de forme mentionnées ci-dessus⁶.

4. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 3, C.

5. Onar, *op. cit.*, p.153.

En résumé, lorsque la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité des lois constitutionnelles, sous la Constitution de 1982, son contrôle ne peut porter que sur la vérification de ces trois conditions : majorité de proposition, celle d'adoption et l'interdiction de la procédure d'urgence (condition de deux délibérations).

* * *

Dernièrement, il faut souligner que, selon certains auteurs, la Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler la conformité d'une loi constitutionnelle même à ces trois conditions, si cette loi constitutionnelle a été adoptée *par le peuple à la suite d'un référendum*⁷. L'argument principal de ces auteurs consiste à dire que l'approbation populaire répare les vices de forme d'une loi constitutionnelle. En d'autres termes, l'intervention du peuple souverain valide les éventuelles irrégularités commises dans la procédure de révision constitutionnelle.

Par exemple, selon le professeur Ergun Özbudun,

« après que la volonté du peuple, étant le pouvoir constituant le plus élevé, s'est exprimée, la Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler la régularité formelle de cette loi constitutionnelle. L'approbation de la révision constitutionnelle par la volonté du peuple qui est le titulaire originaire du pouvoir constituant supprime les vices de forme dont la loi constitutionnelle est entachée éventuellement lors de sa délibération à la Grande Assemblée nationale de Turquie »⁸.

Par contre selon une autre thèse, qui est défendue par le juge constitutionnel Yilmaz Aliefendioglu, la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité à ces trois conditions de forme d'une loi constitutionnelle adoptée par le peuple à la suite d'un référendum. Car, la Constitution, sans avoir fait une distinction entre les lois constitutionnelles approuvées par le référendum et celles réalisées sans référendum, a attribué à la Cour constitutionnelle la compétence de contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux trois conditions de forme mentionnées dans l'article 148, alinéa 2. Par conséquent une révision constitutionnelle approuvée par le peuple est soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle sur les points de savoir

6. On peut envisager d'autres vices de forme. Par exemple, selon l'article 175, alinéa 1, la proposition ne peut être faite que par écrit. Alors la Cour constitutionnelle ne peut pas vérifier si la proposition est faite par écrit ou non.

7. Comme nous l'avons vu dans la première partie (Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 3, D), l'article 175 de la Constitution de 1982, contient deux types de référendum en fonction des majorités d'adoption des lois constitutionnelles. Si la proposition de révision constitutionnelle a été adoptée *par une majorité des trois cinquièmes ou plus mais moins des deux tiers* du nombre total des membres de l'Assemblée nationale, et si le président de la République ne l'a pas renvoyée à l'Assemblée constitutionnelle en vue d'une nouvelle délibération, la loi constitutionnelle est soumise au référendum (art. 175, al.4).

Par contre si la proposition de révision constitutionnelle a été adoptée par une *majorité des deux tiers* au moins du nombre total de l'Assemblée nationale au référendum, le président de la République a le choix entre la ratification, le renvoi et le *référendum* (art.175, al.5).

8. Özbudun, *op. cit.*, p.139. En ce sens encore voir Onar, *op. cit.*, p.174 ; Kuzu, *op. cit.*, p.184 ; Yildizhan Yayla, « 1982 Anayasasina Göre Devletin Özü » [L'essence de l'Etat selon la Constitution de 1982], *op. cit.*, p.142. Cependant Yildizhan Yayla n'accepte pas cet argument, lorsqu'il s'agit des révisions constitutionnelles touchant aux dispositions intangibles de la Constitution (*Ibid.*, p.142-143).

si elles ont été proposées et adoptées à la majorité prévue à l'Assemblée nationale et si l'interdiction d'en délibérer selon la procédure d'urgence est respectée⁹.

Il convient d'abord de démythifier le débat : les auteurs parlent du « peuple » ; or il ne s'agit ici que du « corps électoral »¹⁰.

Ensuite précisons que nous avons examiné ce problème, dans la partie préliminaire, sous l'intitulé « Le pouvoir de révision constitutionnelle est-il limité au cas où il est exercé directement par le peuple souverain ? »¹¹. Sans entrer dans les détails, rappelons notre conclusion : l'intervention du corps électoral dans la procédure de révision constitutionnelle ne rend pas la loi constitutionnelle illimitée, car, dans une telle hypothèse, il intervient en tant que pouvoir institué et non pas à titre du pouvoir constituant originaire¹².

En d'autres termes, le fait que le corps électoral est appelé à se prononcer sur une loi constitutionnelle dans le cadre de l'article 175 de la Constitution turque de 1982 n'enlève rien juridiquement au caractère de pouvoir institué qui est celui de l'organe de révision. Par conséquent l'argument du professeur Özbudun s'effondre, car son argument n'est valable que si l'on suppose que le « peuple » intervient ès qualité du pouvoir constituant originaire.

En conclusion, à notre avis, la Cour constitutionnelle peut contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles approuvées par le référendum. Mais rappelons que ce contrôle se limite à vérifier si ces lois ont été proposées et votées à la majorité prévue à l'Assemblée nationale et si l'interdiction d'en débattre selon la procédure d'urgence est respectée.

C. L'ANNULATION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES NE PEUT ETRE DECIDEE QU'A LA MAJORITE DES DEUX TIERS DES MEMBRES DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE (art.149, al.1^{er})

Dans la réaction à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle avant 1980, le constituant de 1982, en allant encore plus loin, a posé une règle peu habituelle pour un organe juridictionnel, dans l'article 149, alinéa 1, de la Constitution de 1982 :

9. Yilmaz Aliefendioğlu, « Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu » [L'action en annulation et la voie d'exception dans la juridiction constitutionnelle turque], *Anayasa Yargisi* [Juridiction constitutionnelle], Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, p.111-112.

10. Selon l'article 68 de la Constitution de 1982, non pas le « peuple », mais « tout citoyen turc âgé de vingt ans... a le droit de participer aux référendums ». Par conséquent ce qui est exprimé par le référendum n'est pas la volonté du peuple, mais, c'est la volonté des électeurs qui ont participé au référendum. Voir une critique des théories de « volonté populaire » dans le contexte turc : Münici Kapani, *Politika Bilimine Giriş* [Introduction à la science politique], Ankara, Bilgi Yayınevi, 1988, p.77.

11. Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 2 (*Supra*, p.107-111).

12. Voir Titre préliminaire, Chapitre 2, Section 2 (*Supra*, p.107-111). Voir en ce sens : Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.494 ; Schmitt, *op. cit.*, p.235-236 ; Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, t. IV, p.197, 240 ; Conac, « Article 11 », *op. cit.*, p.439-440 ; Burdeau, Hamon et Troper, *op. cit.*, 23^e éd., p.441.

« La Cour constitutionnelle se réunit lorsque son Président et dix de ses membres sont présents et rend ses arrêts à la majorité absolue. *L'annulation des révisions constitutionnelles ne peut être décidée qu'à la majorité des deux tiers* ».

Cette disposition a été critiquée dans la doctrine¹³. Les auteurs soulignent que, dans un organe juridictionnel, la règle générale est que les décisions sont prises à la majorité absolue de ses membres. Erdal Onar voit une contradiction dans le fait de prévoir, d'une part un contrôle de la constitutionnalité, et, d'autre part, d'essayer de le rendre inefficace¹⁴.

Il est vrai que la condition de majorité qualifiée pour la prise des décisions d'un tribunal est une condition peut habituelle. Cependant, contrairement à la critique ci-dessus, nous pensons que c'est une condition justifiée.

D'abord rappelons que la Cour constitutionnelle turque, sous la Constitution de 1961, a prononcé l'annulation de plusieurs lois constitutionnelles toujours par 8 voix contre 7. Et, comme on peut le voir dans notre exposé plus haut, l'annulation par la Cour constitutionnelle, par 8 voix contre 7, des révisions constitutionnelles adoptées à la majorité des deux tiers du Parlement élue par le peuple a provoqué de vives réactions dans l'opinion publique.

D'ailleurs on se souviendra que la Cour constitutionnelle a pris deux décisions diamétralement opposées sur la même loi constitutionnelle dans un intervalle de 6 mois. Dans la première décision (celle du 23 mars 1976, *Expropriation I*), la Cour a décidé que la loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971 est conforme à l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 par 8 voix contre 7, alors que dans la deuxième décision (celle du 12 octobre 1976, *Expropriation II*), la Cour a conclu que la même loi constitutionnelle est contraire à la même interdiction par 8 voix contre 7. Comme nous l'avons expliqué ce revirement est probablement explicable par le fait que deux membres (Ihsan Ecemis et Ahmet Akar) participant à la première décision ont été remplacés, dans la deuxième décision, par deux autres membres (Fahrettin Uluç et Adil Esmer) et que ces derniers ont voté pour l'annulation de la loi constitutionnelle en question. Alors on peut penser que le constituant a voulu, par cette disposition, assurer une certaine stabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

En effet il me semble que la vraie raison de cette condition se trouve dans le souci du constituant de voir que les règles qu'il a posées (art.148, al.1 : interdiction de contrôle de fond, al.2 : définition limitative du contrôle de forme) seront mises en échec par l'interprétation de la Cour constitutionnelle, c'était le cas sous la Constitution de 1961. En effet comme nous l'avons vu plus haut, le pouvoir constituant, par la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971 révisant l'article 147 de la Constitution de 1961, avait déjà interdit expressément à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. Et comme nous l'avons vu, la Cour constitutionnelle a interprété de façon très large l'étendue du contrôle de forme et par conséquent elle a contrôlé le fond des lois

13. Voir par exemple, Onar, *op.cit.*, p.178-180, 185; Özbudun, *op. cit.*, 1^{re} éd.,1987, p.399.

14. Onar, *op. cit.*, p.180.

constitutionnelles sous l'apparence d'un contrôle de forme. Il est probable que le pouvoir constituant de 1982, en tirant la leçon de cette expérience, a vu le risque que ses règles pourraient voir le même destin que celles posées par le pouvoir constituant de 1971. C'est pourquoi, en dehors des règles qui déterminent la compétence de la Cour constitutionnelle en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, le constituant de 1982 a senti la nécessité de trouver des solutions plus efficaces pour combattre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qu'il a jugée excessive.

Si l'on se souvient que, sous la Constitution de 1961, la Cour constitutionnelle a prononcé l'annulation des lois constitutionnelles toujours par 8 voix contre 7, l'efficacité de la disposition de l'article 149, alinéa 1, apparaîtrait clairement.

Comme nous allons l'expliquer plus tard¹⁵, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque et les réactions du pouvoir constituant à cette jurisprudence confirme la *conception mécaniste de la constitution*. Et selon cette conception, les organes constitutionnels n'agissent pas en fonction de la formulation linguistique des dispositions constitutionnelles, mais en considérant les réactions qu'ils peuvent déclencher de la part de leurs partenaires¹⁶. Dans ce schéma, puisque la Cour constitutionnelle est allée trop loin, il est normal que le constituant lui aussi aille trop loin. Ainsi, dans la conception mécaniste de la constitution, la disposition de l'article 149, alinéa 1, de la Constitution de 1982, prévoyant une majorité qualifiée pour les décisions d'annulations des lois constitutionnelles par la Cour constitutionnelle est une réaction qui a été déclenchée par le comportement de la Cour constitutionnelle elle-même.

En effet, nous pensons que cette disposition selon laquelle « la Cour constitutionnelle ne peut décider l'annulation des lois constitutionnelles qu'à la majorité des deux tiers de ses membres » peut être justifiée non seulement comme une réaction efficace contre la jurisprudence excessive de la Cour constitutionnelle, mais aussi, comme une règle équitable en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. En effet, comme nous l'avons vu, les constitutions en général exigent des majorités qualifiées pour l'adoption des lois constitutionnelles, alors qu'elles se contentent d'une majorité simple pour l'adoption des lois ordinaires. Il est normal qu'une loi constitutionnelle qui a été adoptée à la majorité qualifiée du parlement puisse être invalidée par la même majorité de la cour constitutionnelle. Comme nous l'avons vu, la version initiale¹⁷ de l'article 175 de la Constitution turque de 1982 exigeait une majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale pour l'adoption des lois constitutionnelles. Alors il est tout à fait normal que la Constitution de 1982 prévoit la même majorité pour l'annulation de ces lois par la Cour constitutionnelle.

15. Cette sous-section, § 3.

16. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *op. cit.*, p.70.

17. La version adoptée par la révision constitutionnelle du 17 mai 1987 prévoit en principe une majorité au trois tiers du nombre total de l'Assemblée nationale. Cependant en cas du renvoi la loi constitutionnelle à l'Assemblée en vue d'une nouvelle délibération par le président de la République, la loi constitutionnelle doit être adoptée par les deux tiers du nombre total de l'Assemblée nationale (Voir Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 3, C et D).

Comme nous allons le montrer plus loin¹⁸, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque confirme la théorie réaliste de l'interprétation. Et dans cette théorie, le véritable pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas seulement l'auteur du texte de la loi constitutionnelle, mais c'est l'ensemble de ceux qui participent à sa confection, y compris l'organe du contrôle de cette loi. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle turque est « co-pouvoir de révision constitutionnelle » ou « co-auteur des lois constitutionnelles », car elle participe de manière décisionnelle au processus d'édiction des lois constitutionnelles, en annulant ou en validant ces lois par ses interprétations authentiques.

Alors, puisque la Grande Assemblée nationale de Turquie, c'est-à-dire, l'un des « co-auteurs » des lois constitutionnelles, est soumise à une condition de majorité des deux tiers pour l'adoption des lois constitutionnelles, il est tout à fait normal que la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire l'autre « co-auteur » de ces lois, soit soumise à la même condition. S'il n'y a pas d'égalité entre ces conditions, les équilibres constitutionnels risquent de s'effondrer. Car, un organe constitutionnel peut choisir son comportement par la majorité absolue de ses membres, alors que son partenaire ne peut réagir contre ce comportement qu'à la majorité qualifiée de ses membres. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle peut invalider une loi constitutionnelle avec la majorité absolue de ses membres, alors que l'organe de révision constitutionnelle ne peut réagir contre ce comportement qu'à la majorité des deux tiers de ses membres. Or, selon la *conception mécaniste de la constitution*, les organes constitutionnels « ne sont pas à proprement parler soumis à des obligations mais à des contraintes, qui résultent pour chacune d'elles de leur insertion dans un système complexe »¹⁹. En d'autres termes, la constitution est obligatoire comme une organisation « dans laquelle les autorités ont des compétences et des moyens d'actions mutuels si bien équilibrés qu'elles ne pourraient pas, même si elles le voulaient, outrepasser leurs pouvoirs »²⁰.

Alors la soumission de l'Assemblée nationale à la condition de la majorité qualifiée pour l'adoption des lois constitutionnelles, alors que la Cour constitutionnelle peut les invalider par sa majorité absolue implique un déséquilibre entre les compétences et les moyens d'actions mutuels des organes du système constitutionnel.

Or, pour les décisions d'annulation des lois constitutionnelles, la soumission de la Cour constitutionnelle à la même condition de majorité à laquelle est soumise l'Assemblée nationale pour les adopter, implique un système dans lequel les organes constitutionnels ont des compétences et des moyens d'actions mutuels si bien équilibrés qu'ils ne pourraient pas, même s'ils le voulaient, outrepasser leurs pouvoirs.

Pour ces raisons, nous approuvons la disposition de l'article 147, alinéa 1, de la Constitution de 1982 selon laquelle « l'annulation des révisions constitutionnelles

18. Conclusion de cette section.

19. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *op. cit.*, p.62.

20. *Ibid.*

les ne peut être décidée qu'à la majorité des deux tiers » du nombre total des membres de la Cour constitutionnelle.

D. LES AUTRES DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION DE 1982 CONCERNANT LE CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES QUANT A LA FORME

Ainsi nous venons de voir trois principales dispositions de la Constitution de 1982 qui réglementent le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Comme on vient de le voir, ce contrôle ne peut porter que sur la forme des lois constitutionnelles (art.148, al.1). D'ailleurs le contrôle de forme se limite à vérifier si les lois constitutionnelles ont été proposées et adoptées à la majorité prévue et si l'interdiction d'en délibérer selon la procédure d'urgence a été respectée (art.148, al.2). Enfin, l'annulation des lois constitutionnelles ne peut être décidée qu'à la majorité des deux tiers des membres de la Cour constitutionnelle (art.149, al.1). Voilà les dispositions essentielles.

Mais les dispositions de la Constitution de 1982 qui concernent le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme ne consistent pas en ces trois dispositions. Il faut encore citer d'autres dispositions. Nous n'allons pas étudier ces dispositions dans les détails, car nous ne voulons pas entrer dans l'examen de la procédure du contrôle de la constitutionnalité des lois en général. Mais citons quant même brièvement ces dispositions.

D'abord il convient de préciser que les dispositions suivantes, contrairement aux dispositions précédentes, ne sont pas prévues exclusivement pour le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. En effet elles sont prévues pour le contrôle de la constitutionnalité *quant à la forme* en général. Mais, puisque, en ce qui concerne les lois constitutionnelles, le contrôle de la Cour constitutionnelle ne peut porter que sur la forme, il faut donc conclure que, les règles prévues pour le contrôle de forme en général sont applicables aussi au contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

1. L'exclusion du contrôle par voie d'exception (contrôle concret des normes)²¹

L'inconstitutionnalité des lois constitutionnelles doit faire l'objet d'une action en annulation. Car, selon la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 148,

« l'action en annulation pour inconstitutionnalité formelle ne peut être invoquée par voie d'exception ».

21. A cette occasion, signalons qu'en Turquie, la Constitution de 1982 (art.152) prévoit non seulement le contrôle abstrait des normes (contrôle par voie d'action), mais aussi le contrôle concret des normes (contrôle par voie d'exception). Le contrôle concret s'exerce à la suite de la saisine d'office par un tribunal ou à la demande d'une des parties du procès. Mais dans ce dernier cas, le tribunal estime si l'exception d'inconstitutionnalité est sérieuse (Voir les modalités de contrôle de la Cour constitutionnelle turque en langue français : Ergec, *op. cit.*, p.76-78 ; Dominique Turpin et Akif Menevse, « Turquie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.VIII, 1992, p.732-735).

Puisque la Cour constitutionnelle ne peut contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles que quant à la forme, cette disposition est applicable au contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Si l'on se souvient que sous la Constitution de 1961, la Cour constitutionnelle turque a annulé trois lois constitutionnelles à la suite d'un contrôle par voie d'exception²², l'importance de cette disposition apparaît clairement.

2. Les titulaires du droit de saisine : le président de la République et un cinquième des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie

En règle générale, selon l'article 150 de la Constitution de 1982,

« ont le droit d'intenter directement devant la Cour constitutionnelle un recours en annulation pour inconstitutionnalité... des lois... le président de la République, les groupes parlementaires du parti au pouvoir et du principal parti d'opposition et un cinquième au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie ».

Cependant l'article 148, alinéa 2, de la Constitution de 1982 pose une règle spéciale pour le contrôle de forme :

« Le contrôle quant à la forme peut être demandé par le président de la République ou par un cinquième des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie ».

Puisque, concernant les lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité de la Cour constitutionnelle ne peut porter que sur la forme, il faut donc conclure que, le recours en annulation contre les lois constitutionnelles ne peut être intenté que par le président de la République ou par un cinquième des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie. En d'autres termes, les groupes parlementaires du parti au pouvoir et du principal parti d'opposition n'ont pas le droit de saisir la Cour constitutionnelle à l'encontre des lois constitutionnelles.

Comme le remarque le professeur Ergun Özbudun, on comprend mal pourquoi le constituant a fait une telle distinction entre les autorités de la saisine pour inconstitutionnalité matérielle et formelle des lois²³. En effet, en pratique les partis au pouvoir et d'opposition peuvent atteindre le même but à travers leurs membres constituant un cinquième des membres de l'Assemblée nationale (90 députés). Erdal Onar signale l'inconvénient qui existe dans l'hypothèse où les deux grands partis forment un gouvernement de coalition et par conséquent le parti principal d'opposition n'a pas 90 députés, c'est-à-dire un cinquième du nombre total des membres de l'Assemblée nationale²⁴.

22. Les décisions des 12 octobre 1976 (Expropriation II), 27 janvier 1977 (Conseil supérieur des juges) et 27 septembre 1977 (Conseil supérieur des procureurs).

23. Özbudun, *op. cit.*, 1^{re} éd., 1987, p.373.

24. Onar, *op. cit.*, p.168.

Cette disposition est probablement explicable par la volonté du constituant de soumettre le recours en annulation pour l'inconstitutionnalité quant à la forme à des conditions plus strictes que le recours pour l'inconstitutionnalité quant au fond²⁵.

3. Le délai de recours en annulation : 10 jours

Selon l'article 148, alinéa 2,

« l'action en annulation d'une loi pour vice de forme ne peut être intentée plus de dix jours après la date de sa publication. »

Puisque la Cour constitutionnelle n'est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles que pour la forme, alors à l'encontre de ces lois, le recours en annulation doit être introduit dans les dix jours à compter de la date de la publication de la loi constitutionnelle au Journal officiel. Une fois ce délai écoulé, il n'est plus possible d'intenter aucune action contre les lois constitutionnelles. Signalons que le délai d'action à l'encontre des lois constitutionnelles (ainsi que pour l'inconstitutionnalité formelle des lois) est plus court que celui²⁶ prévu pour le recours en annulation pour l'inconstitutionnalité matérielle des lois.

Le but du constituant de 1982 est d'accélérer le processus du contrôle de la constitutionnalité quant à la forme. On peut en déduire que le constituant ne veut pas que la question d'inconstitutionnalité formelle reste toujours dans l'ordre du jour du débat politique²⁷.

Comme on le voit clairement dans la disposition précitée, le délai de recours court à partir de la publication de la loi constitutionnelle au Journal officiel. Cependant il convient de remarquer qu'il y a un débat dans la doctrine constitutionnelle turque sur le point de commencement du délai de recours en annulation à l'encontre des *lois constitutionnelles adoptées à la suite d'un référendum*.

En effet, comme on l'a vu dans la première partie²⁸, l'article 175 prévoit la publication de la loi constitutionnelle dans deux cas différents : dans le premier, le texte de la loi constitutionnelle qui *sera* soumis au référendum est publié au Journal officiel. Dans le deuxième, la loi constitutionnelle qui *a été approuvée* par le référendum est publiée au Journal officiel. En d'autres termes, il y a deux publications au Journal officiel du texte de la loi constitutionnelle : avant et après le référendum. Alors la question qui se pose ici est la suivante : à partir de laquelle de ces deux publications, le délai de recours court-il ?

25. Ergec, *op. cit.*, p.77.

26. 60 jours (art.151).

27. Onar, *op. cit.*, p.176-177. Voir également A. Seref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* [Droit constitutionnel], Ankara, S Yayinlari, 1991, p.253 ; Lutfi Duran, « Türkiye'de Anayasa Yargisinin Islevi ve Konumu » [La fonction et la situation de la juridiction constitutionnelle en Turquie], *Anayasa Yargisi* [Juridiction constitutionnelle], Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayinlari, 1984, p.68.

28. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 3, D.

On peut envisager naturellement deux réponses à cette question : selon la première, le délai court à partir de la publication avant le référendum, par contre selon la deuxième, il court à partir de celle qui a été effectuée après le référendum.

La première réponse est défendue par Erdal Onar. Selon lui, le délai de recours en annulation, en ce qui concerne les lois constitutionnelles référendaires, court à partir de la première publication au Journal officiel du texte de la loi constitutionnelle qui sera soumis au référendum. Alors, les autorités de la saisine peuvent intenter une action en annulation à l'encontre d'une loi constitutionnelle dès qu'elle a été publiée au Journal officiel en vue de sa soumission au référendum²⁹. En d'autres termes, ceux qui ont le droit d'intenter un recours en annulation peuvent saisir la Cour constitutionnelle avant les résultats du référendum.

Par contre selon la deuxième réponse qui a été défendue par Yilmaz Aliefendioglu, membre de la Cour constitutionnelle, le délai de recours en annulation ne court qu'à partir de la publication au Journal officiel de la loi constitutionnelle qui a été approuvée par le référendum. Car, selon lui, si la loi constitutionnelle avait été rejetée par le peuple, la révision constitutionnelle n'aurait été pas réalisée et ainsi elle n'aurait pas été publiée au Journal officiel. Par conséquent, la Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler naturellement la constitutionnalité d'un tel texte³⁰.

Nous souscrivons à la thèse de Yilmaz Aliefendioglu. A notre avis, la solution du problème se trouve dans l'interprétation du mot « publication » utilisé dans la disposition de l'article 148, alinéa 2, selon laquelle « l'action en annulation d'une loi pour vice de forme ne peut être intentée plus de dix jours après la date de sa *publication* », et de celui de « publication », utilisé dans la disposition de l'article 175, al.4, selon laquelle « ... les lois constitutionnelles qui sont *publiées* au Journal officiel en vue de leur soumission au référendum ». Erdal Onar interprète le mot « publication » dans l'article 148, alinéa 2, comme englobant la « publication » qui a été prévue par l'article 175 en vue de la soumission d'une loi constitutionnelle au référendum³¹.

En effet, ce problème résulte du fait que la Constitution turque de 1982 emploie un seul mot pour la « publication » et la « promulgation » des lois. Elle utilise le mot « publication », non seulement au sens strict³² de ce mot, mais aussi au sens de la « promulgation »³³. Par exemple, selon l'article 89 de la Constitution de 1982

29. Onar, *op. cit.*, p.172.

30. Aliefendioglu, *op. cit.*, p.112.

31. Onar, *op. cit.*, p.172.

32. C'est-à-dire dans le sens « action de faire connaître au public ».

33. Pour les questions concernant la promulgation voir Cette partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2. La promulgation et la publication sont deux actes différents. La promulgation est suivie de la publication. La promulgation rend la loi *exécutoire*, alors que la publication la rend *opposable* aux citoyens. Voir Marcel Waline, « Introduction » in Jacques Bernard Herzog, Georges Vlachos et Marcel Waline (sous la direction de-), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatives en droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les Editions de l'Epargne, 1961, p. 4. Egalement voir Massot, « Article 10 », *op. cit.*, p.402 ; Sauvignon, *op. cit.*, p.991. Il faut signaler qu'en droit constitutionnel turc, il n'est

« le président de la République *publie* dans les quinze jours les lois adoptées par la Grande Assemblée nationale de Turquie. Il peut, dans le même délai, renvoyer à la Grande Assemblée nationale de Turquie en vue d'une nouvelle délibération les lois dont il n'approuve pas la *publication*... ». Comme on le voit, dans le contexte de cet article, il n'y a aucun doute que le mot « publication » est utilisé dans le sens de « promulgation »³⁴.

Alors si l'on prend en considération ce constat, il faut conclure que le mot « publication » utilisé dans la disposition de l'article 148, alinéa 2, selon laquelle « l'action en annulation d'une loi pour vice de forme ne peut être intentée plus de dix jours après la date de sa *publication* » veut dire en effet la « promulgation » et par conséquent il faut lire la disposition de l'article 148, alinéa 2, comme stipulant que « l'action en annulation d'une loi pour vice de forme ne peut être intentée plus de dix jours après la date de sa *promulgation* ».

Et si l'on accepte cette interprétation, la thèse d'Erdal Onar s'effondre. En effet, la publication au Journal officiel qui est prévue par l'article 175 en vue de la soumission au référendum est, non pas une « promulgation » qui rend le texte de la loi constitutionnelle exécutoire, mais au contraire une simple publication ayant pour objet de porter ce texte à la connaissance des électeurs. En effet, la validité du texte dépend de son approbation référendaire. Et la promulgation n'aura lieu que si le texte a été approuvé par le référendum.

D'ailleurs notre interprétation est en conformité avec le système du contrôle de la constitutionnalité des lois en Turquie. Car, dans ce pays, ni dans la Constitution de 1961, ni dans la Constitution de 1982, n'a jamais été prévu un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Le contrôle s'exerce toujours sur les textes qui ont été déjà promulgués et qui ainsi sont devenus valables. Si l'on accepte la thèse d'Erdal Onar, on obtiendra un contrôle de la constitutionnalité *a priori*, car à ce stade là, la Cour constitutionnelle contrôlera un texte qui n'a pas été promulgué et par conséquent qui est privé de toute force obligatoire. Alors l'interprétation d'Erdal Onar n'est pas une interprétation systémique.

A notre avis, le délai de recours en annulation ne court qu'à partir de la publication au Journal officiel de la loi constitutionnelle qui a été approuvée par le référendum. En d'autres termes, on ne peut faire un recours en annulation à l'encontre d'une révision constitutionnelle qui sera soumise au référendum. Le contrôle ne peut avoir lieu qu'après le résultat affirmatif du référendum.

pas coutume de distinguer entre la promulgation [*isdar*] et la publication [*yayin*]. D'ailleurs non seulement la Constitution, mais aussi la doctrine utilisent le mot « publication » [*yayin*] à la place de celui de « promulgation » [*isdar*]. Voir à ce propos : Özbudun, *op. cit.*, 1987, p.181 ; Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* [La notion de loi en Turquie d'après la Constitution de 1961], *op. cit.*, p.139-140.

34. D'ailleurs, le mot turc « *yayimlama* » (littéralement : publication) utilisé dans cet article a été traduit, à juste titre, par la *Direction générale turque de la presse*, comme « promulgation ». Voir *Constitution de la République turque de 1982*, Ankara, Direction générale turque de la presse, 1982, p.51.

4. L'examen en priorité

La Constitution de 1982 prévoit dans son article 149, alinéa 2, que

« la Cour constitutionnelle examine les recours en annulation pour vice de forme et statue sur ces recours en priorité. »

Puisque le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est possible que quant à la forme, cette disposition est applicable au contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors la Cour constitutionnelle doit examiner les recours en annulation à l'encontre des lois constitutionnelles en priorité.

Ainsi nous venons de voir toutes les dispositions de la Constitution de 1982 sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Maintenant nous allons examiner l'application de ces dispositions, c'est-à-dire la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles sous la Constitution de 1982.

* * *

En résumé, dans la Constitution turque de 1982, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles a été expressément réglementé, d'ailleurs d'une façon assez détaillée. Par conséquent, sous la Constitution de 1982, le cas de la Turquie doit être analysé comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution*.

Dans un tel système, comme nous l'avons rappelé plusieurs fois, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle.

Comme on vient de le voir, dans la Constitution de 1982, le contrôle de forme des lois constitutionnelles a été prévu, mais le contrôle de fond en a été exclu.

Alors, la Cour constitutionnelle turque ne peut pas contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*, car ceci est exclu expressément par l'article 148, alinéa 1, de la Constitution de 1982.

Par contre, la Cour constitutionnelle peut contrôler sans aucun doute la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*, car l'article 148, alinéa 1, de la Constitution habilite expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme. Cependant l'étendue de ce contrôle est délimitée par l'article 148, alinéa 2, de la Constitution. Selon cet article, à titre du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme, la Cour constitutionnelle ne peut vérifier que si elles ont été proposées et votées à la majorité prévue et si l'interdiction d'en débattre selon la procédure d'urgence a été respectée. Alors en dehors de la vérification de ces trois conditions, la Cour constitutionnelle turque ne peut exercer aucun contrôle sur les lois constitutionnelles.

Cependant il faut noter que dans la doctrine turque, il n'y a pas d'unanimité sur ce point. Certains auteurs pensent que la Cour constitutionnelle peut encore répéter sa jurisprudence sous la Constitution de 1961 selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat est une règle de forme, et par conséquent la Cour peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à cette interdiction.

Ces auteurs remarquent d'abord que, dans la Constitution de 1961, il n'y avait qu'une limite matérielle à la révision constitutionnelle : l'article 9 selon lequel « la disposition de la Constitution spécifiant que la forme de l'Etat est une République ne peut être modifiée, ni sa modification proposée ». Or, le nombre des limites matérielles à la révision constitutionnelle inscrites dans la Constitution de 1982 a été augmenté³⁵. Selon l'article 4 de cette Constitution, les dispositions des articles 1, 2 et 3 de la Constitution ne peuvent pas être révisées, ni leur modification proposée. Ainsi sous la Constitution de 1982, non seulement, la forme républicaine de l'Etat, mais aussi les caractéristiques de cette république sont intangibles. En d'autres termes, la Constitution de 1982 a élargi l'étendue de l'interdiction de réviser la Constitution.

Alors certains auteurs interprètent cet élargissement comme une confirmation positive, par la Constitution de 1982, de l'interprétation large de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution de 1961³⁶.

En partant de ces dispositions intangibles, certains auteurs défendent l'idée selon laquelle la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces dispositions intangibles. Par exemple selon Yildizhan Yayla, la jurisprudence de la Constitution, sous la Constitution de 1961, selon laquelle les révisions constitutionnelles qui sont contraires au principe d'intangibilité sont annulées pour vice de forme, pourrait être réaffirmée aujourd'hui. En effet, si une révision constitutionnelle est contraire aux dispositions intangibles de la Constitution, même si son texte a été proposé et adopté avec l'unanimité des membres de l'Assemblée, elle est, *a priori*, irrégulière quant à sa forme, autrement dit, elle doit être considérée comme mort-née. De plus, les conditions de procédure sont prévues pour la révision constitutionnelle. Dans une matière où la révision est interdite, on ne peut pas même parler de ses conditions. En d'autres termes, les révisions constitutionnelles dont la non-conformité aux dispositions intangibles est attestée par la Cour constitutionnelle, puisqu'elles ne remplissent pas la condition de leur existence, doivent être considérées comme non valables dès le début, et par conséquent la conformité à d'autres conditions ne signifierait pas grand chose³⁷. D'après lui, la sanction d'une telle irrégularité est le *constat d'inexistence* de la révision constitutionnelle. Car, à son avis, dans un tel cas, il n'y a pas de révision

35. Nous avons étudié ces limites dans la première partie (Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1).

36. Voir par exemple, Bakir Çağlar, *Anayasa Bilimi* [Science constitutionnelle], Istanbul, B.F.S. Yayınları, 1989, p.85.

37. Yildizhan Yayla, « 1982 Anayasasına Göre Devletin Özü » [L'essence de l'Etat selon la Constitution de 1982], *Idare Hukuku ve Ilimleri Dergisi* [Revue du droit et des sciences administratives], 1983, n° 1-3, p.145.

constitutionnelle valable³⁸. Yildizhan Yayla pense que puisque la Constitution de 1982 définit et rassemble tous les principes intangibles dans un seul article (art.4), il n'y aura plus besoin de l'interprétation forcée de la Cour constitutionnelle comme elle l'avait faite sous la Constitution de 1961. Grâce à l'ampleur et l'étendue de cet article, la compétence de la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles est aussi élargie³⁹.

En effet, il est vrai que, s'il existait une telle disposition dans la Constitution de 1961, on pouvait plus facilement défendre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sous cette Constitution. Cependant, avec d'autres auteurs⁴⁰, nous pensons que la Cour constitutionnelle ne peut pas contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux dispositions intangibles de la Constitution de 1982, car, comme on l'a vu plus haut, d'une part, la Cour constitutionnelle est incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond et d'autre part son contrôle de forme est limité à la vérification des trois conditions que nous avons vues plus haut.

Nous allons voir plus bas que c'est cette deuxième thèse qui a été confirmée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sous la Constitution de 1982. Ainsi la Constitution ne peut pas vérifier si les lois constitutionnelles portent atteinte aux dispositions intangibles de la Constitution de 1982.

§ 2. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Après avoir vu la réglementation de la Constitution de 1982 sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, nous verrons à présent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque sur ce point.

Sous la Constitution de 1982, jusqu'à présent, la Cour constitutionnelle turque a eu une seule occasion de statuer la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors, dans cette période nous n'avons qu'une décision à commenter : décision n°1987-15 du 18 juin 1987.

A. LA DECISION N°1987-15 DU 18 JUIN 1987, ABROGATION DE L'ARTICLE TRANSITOIRE 4⁴¹

L'alinéa 1 de l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987⁴² abrogeait l'article transitoire 4 de la Constitution turque de 1982 prévoyant des

38. *Ibid.*, p.148.

39. Yildizhan Yayla, *Anayasa Hukuku Ders Notlari* [Les leçons de droit constitutionnel], Istanbul, Filiz Kitabevi, 1985, p.86.

40. Voir par exemple, Özbudun, *op. cit.*, 3^e éd., p.138 ; Onar, *op. cit.*, p.159-161 ; Kuzu, *op. cit.*, p.71.

41. Cour constitutionnelle turque : décision n° 1987-15 du 18 juin 1987, (Abrogation de l'article transitoire 4), *A.M.K.D.*, n° 23, 1989, p.282-294.

42. *Resmi Gazete* [Journal officiel] du 18 mai 1987, n° 19464bis [Mükerrer].

restrictions dans les droits politiques de certains anciens hommes politiques⁴³. Cependant, l'alinéa 2 de cet article liait l'entrée en vigueur de l'alinéa 1 à la condition de l'approbation référendaire.

La Cour constitutionnelle a été saisie par les 90 députés, en application de l'article 148, alinéa 2, de la Constitution de 1982, à l'effet de se prononcer sur la conformité à la Constitution du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi constitutionnelle n° 3361 du 17 mai 1987.

D'abord citons le texte de l'article 4 de la loi constitutionnelle n° 3361 du 17 mai 1987 :

« L'article transitoire 4 de la Constitution de la République turque a été abrogé.

Pour l'entrée en vigueur de cette disposition, elle doit être soumise au référendum. Le référendum est organisé selon les dispositions de l'article 175 de la Constitution révisées par cette loi. »

Egalement signalons que l'article 3 de la même loi constitutionnelle a modifié l'article 175 de la Constitution qui détermine la procédure de révision constitutionnelle.

La loi constitutionnelle n° 3361 du 17 mai 1987, comme il le fallait, a été adoptée conformément à la procédure prévue par la *version initiale* de l'article 175. Et selon cette procédure, une fois que la loi constitutionnelle a été adoptée à la majorité des deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée (art.175, alinéa 1, version initiale), le président de la République a le choix entre la promulgation ou le renvoi à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération (art.175, alinéa 3, version initiale). Et si le président de la République choisit la deuxième option, l'Assemblée nationale doit voter une fois encore la même loi constitutionnelle avec la même majorité. Si ceci a été réalisé, le président de la République peut soumettre la loi constitutionnelle au référendum (art.175, alinéa 3, version initiale). Ainsi, dans la *version initiale* de l'article 175, le référendum obligatoire n'existait pas. Le président de la République pouvait soumettre au référendum une loi constitutionnelle seulement après l'avoir renvoyée à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération et à condition que l'Assemblée ait maintenu la même loi constitutionnelle.

Dans notre cas, la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 a été adoptée conformément à la version initiale de l'article 175 de la Constitution de 1982. En

43. « Les personnes qui étaient le 1^{er} janvier 1980 ou qui ont été par la suite président national, vice-président ou président par intérim, secrétaire générale... des ces partis [les partis politiques dissous en vertu de la loi n° 2533 du 16 octobre 1981] ne peuvent *pendant dix ans* suivant la date de l'adoption de la Constitution par référendum [le 7 novembre 1982], ni fonder un parti politiques..., ni être candidats aux élections parlementaires. [...]

Les personnes qui étaient le 1^{er} janvier 1980 membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie, en tant que députés ou sénateurs ne peuvent, *pendant les cinq ans* suivant la date de l'adoption de la Constitution par référendum, ni fonder un parti politique, ni assumer de fonctions de fonctions dans les comités exécutifs centraux ou instances similaires des partis politiques qui seront fondés ».

d'autres termes, elle a été proposée par un tiers des membres et adoptée par les deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. Alors, comme on vient de le voir, selon la version initiale de l'article 175, alinéa 3, cette loi devait être publiée au Journal officiel et entrée en vigueur, car le président de la République ne l'a pas renvoyée à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération.

D'ailleurs comme on vient de le voir dans la version initiale de l'article 175, il n'existait pas de référendum obligatoire. Alors de toute façon l'article 4, alinéa 2 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987, prévoyant la soumission au référendum de l'alinéa 1 de cet article *était contraire* à la version initiale de l'article 175 qui était encore en vigueur⁴⁴.

C'est exactement ce qu'ont soulevé les auteurs de la saisine dans leur exposé des motifs. Selon les requérants,

« l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 a été proposé et adopté conformément à la procédure prévue par la version initiale de l'article 175. Alors, puisque le président de la République ne l'a pas renvoyée à l'Assemblée nationale, il devait être mis en vigueur le jour où il a été publié au Journal officiel. Alors que l'alinéa 2 de cet article a attaché l'entrée en vigueur de l'alinéa 1 de cet article à la condition du référendum. Alors ce point est contraire à la version initiale de l'article 175... »⁴⁵.

Par contre la Cour constitutionnelle turque n'a pas discuté l'argument des auteurs de la saisine. Elle a constaté simplement que

« l'article 148 de la Constitution qui détermine les pouvoirs et attributions de la Cour constitutionnelle n'attribue pas à la Cour la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. De même, cet article a limité le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme à la vérification des majorités de proposition et d'adoption des lois constitutionnelles et à la condition d'après laquelle elles ne peuvent pas être délibérées selon la procédure d'urgence. Lorsque la demande en annulation ne concerne pas l'un de ces conditions limitées, l'examen de l'affaire est impossible. Les moyens invoqués dans la requête ne sont pas l'une des vices de forme énumérés dans l'article 148. C'est pourquoi, sans entrer dans le fond de l'affaire, il faut rejeter la demande en annulation, pour cause d'incompétence »⁴⁶.

En conclusion la Cour constitutionnelle a déclaré irrecevable le recours en annulation par 10 voix contre 1⁴⁷.

Voyons maintenant la critique de cette décision.

44. Par ailleurs, cette disposition était contraire encore à la nouvelle version de l'article 175. Car, comme nous l'avons vu (Première partie, Titre 1, Chapitre premier, Section 2, § 3, D), dans la nouvelle version non plus, le référendum obligatoire tel que prévoit l'article 4 de la loi constitutionnelle du 17 mai 1987 n'existait pas.

45. Résumé de l'exposé des motifs des auteurs de la saisine, *in A.M.K.D.*, n° 23, 1989, p.282-283.

46. Cour constitutionnelle turque : décision n° 1987-15 du 18 juin 1987, (Abrogation de l'article transitoire 4) *in A.M.K.D.*, n° 23, 1989, p.285-286.

47. Signalons que sous la Constitution de 1982, la Cour constitutionnelle turque se compose de 11 membres (article 146). Le membre minoritaire est Yekta Güngör Özden.

B. LA CRITIQUE DE CETTE DECISION

Nous allons voir d'abord la critique adressée à la décision de la Cour constitutionnelle par son membre minoritaire, Yekta Güngör Özden. Ensuite nous allons donner les critiques développées par la doctrine. Enfin, nous allons essayer de faire notre propre critique sur cette décision.

1. Le juge Yekta Güngör Özden a fait savoir qu'il n'approuve par la décision de la Cour constitutionnelle. Son opinion dissidente contient une critique détaillée du jugement.

Dans son opinion dissidente, Yekta Güngör Özden montre, d'abord, que l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 est contraire à la version initiale de l'article 175 qui était en vigueur à ce moment-là⁴⁸. Car, cet article attache son entrée en vigueur à la condition de référendum obligatoire qui n'était pas prévue par l'article 175 de la Constitution⁴⁹.

Or, selon le juge Özden, si l'article 175 avait été préalablement révisé de la façon qu'il prévoit le référendum obligatoire l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 n'aurait pas été inconstitutionnel⁵⁰.

D'ailleurs d'après Yekta Güngör Özden, cette inconstitutionnalité, contrairement à l'opinion des juges majoritaires, pouvait être examinée par la Cour constitutionnelle. Car, d'une part, l'article 148, alinéa 2, habilitait la Cour constitutionnelle à contrôler la conformité des lois constitutionnelles à la majorité nécessaire pour leur adoption. Et d'autre part, selon lui, cette inconstitutionnalité était une question de « majorité d'adoption » au sens de l'article 148, alinéa 2. En effet, à son avis, le fait que l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 attache son entrée en vigueur à la condition de référendum obligatoire « signifie la suspension du vote d'adoption de l'Assemblée nationale, car la validité de ce vote dépend du résultat positif du référendum »⁵¹. En d'autres termes, « le vote d'adoption sera valide si le résultat du référendum est 'oui', par contre il sera invalide si ce résultat est 'non' »⁵². Alors le juge Özden conclut que « le vote d'adoption lié à une condition n'est pas le vote d'adoption que la Constitution prévoit »⁵³. Par conséquent, selon lui, la Cour constitutionnelle pouvait contrôler la constitutionnalité de l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 et annuler cet article pour le non-respect à la condition de la majorité de vote définie dans l'article 148, alinéa 2, de la Constitution de 1982.

48. Opinion dissidente de Yekta Güngör Özden, *in* décision n° 1987-15 du 18 juin 1987, (Abrogation de l'article transitoire 4), *A.M.K.D.*, n° 23, 1989, p.291.

49. *Ibid.*, p.292.

50. *Ibid.*, p.291.

51. *Ibid.*, p.292.

52. *Ibid.*, p.293. Y. Güngör Özden affirme que, dans ces conditions, « le vote d'adoption n'est plus un élément accomplissant le processus d'adoption » (*Ibid.*, p.203).

53. *Ibid.*, p.292.

2. a) En effet l'argument de Yekta Güngör Özden, juge minoritaire, avait été développé, avant le jugement de la Cour constitutionnelle, par Mümtaz Soysal, dans l'un de ses articles quotidiens du journal *Milliyet*. Selon le professeur Soysal,

« la disposition qui prévoit le référendum obligatoire est contraire à la règle de 'majorité de vote' pour l'adoption des lois constitutionnelles qui était en vigueur en ce moment-là. Car, cette disposition, en considérant que cette règle de majorité est insuffisante, impose une condition supplémentaire à l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle... »⁵⁴.

Ainsi Mümtaz Soysal interprète largement l'expression « la majorité de vote » (pour l'adoption des lois constitutionnelles) utilisée dans l'article 148, alinéa 2, de la Constitution de 1982⁵⁵.

Il y a également d'autres auteurs⁵⁶ qui *désapprouvent* cette décision de la Cour constitutionnelle. Leurs arguments sont tirés essentiellement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sous la Constitution de 1961. Par exemple, Turgut Kazan, en s'inspirant de l'interprétation de la Cour constitutionnelle, sous la Constitution de 1961, selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution était une règle de forme, affirme que

« l'examen de la majorité nécessaire pour la proposition des lois constitutionnelles ne consiste pas à compter le nombre des signatures. Comme une proposition qui ne porte pas le nombre suffisant de signatures (un tiers des membres de l'Assemblée nationale) n'est pas une proposition valable, une proposition qui détermine une autre procédure d'adoption ne peut non plus être considérée comme une proposition valable... »⁵⁷.

b) Par contre, un autre groupe d'auteurs⁵⁸ *approuve* cette décision de la Cour constitutionnelle. Par exemple, selon Serap Hamzaoglu,

54. Mümtaz Soysal, « Ek Kosul » [Condition supplémentaire], *Milliyet*, 9 juin 1987, p.2.

55. Signalons que, comme on l'a vu (Cette section, Sous-section 1, § 1, B, 2, *supra*, p.606), le professeur Soysal, sous la Constitution de 1961, était celui qui a critiqué le plus sévèrement l'interprétation large par la Cour constitutionnelle de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution. Par exemple, selon lui, comme on s'en souviendra, dans cette interprétation se cachait le danger du « *gouvernement des juges* ». Voir Soysal, *100 Soruda Anayasanin Anlami* [Le sens de la Constitution en 100 questions], 4^e éd., 1977, *op. cit.*, p.218-219).

56. Turgut Kazan, « Référendum Anayasa Mahkemesi'nde [Le référendum devant la Cour constitutionnelle] », *Cumhuriyet*, 8 juin 1987, p.2, cité par Onar, *op. cit.*, p.156 ; Necip Bilge, « Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kaçırılan Firsatlar [Le contrôle de conformité à la Constitution et les occasions manquées] », *Cumhuriyet*, 3 septembre 1987, p.2, cité par Onar, *op. cit.*, p.156 ; Necmi Yüzbasıoğlu, « Halkoylaması Yargısal Sonuçlar Doguracaktır [Le référendum entraînera des conséquences juridictionnelles] », *Milliyet*, 30 Haziran 1987, p.11, cité par Onar, *op. cit.*, p.157. Egalement pour le même problème voir, Hikmet Sami Türk, « Siyasal Yasaklar ve Anayasa Mahkemesi [Les interdictions politiques et la Cour constitutionnelle] », *Yanki*, n° 845, 8-14 juin 1987, p.17.

57. Turgut Kazan, « Referendum Anayasa Mahkemesi'nde » [Le référendum devant la Cour constitutionnelle], *Cumhuriyet*, 8 juin 1987, p.2, cité par Onar, *op. cit.*, p.156.

58. Par exemple Özbudun, *op. cit.*, 1993, p.139 ; Onar, *op. cit.*, p.157 ; Serap Hamzaoglu, *1982 Anayasasının Degistirilmesi Sorunu* [La question de la révision de la Constitution de 1982], *Milliyet Gazetesi 1989 Yılı Yarisma Birincisi* (Lauréate du prix *Milliyet* de l'année 1989), texte dactylographié, p.103, cité par Onar, *op. cit.*, p.157.

« sans doute la méthode juridiquement la plus saine était celle selon laquelle la Grande Assemblée nationale de Turquie révisé d'abord l'article 175, après que cette révision est entrée en vigueur, elle modifie l'article transitoire 4 conformément à la nouvelle procédure de révision constitutionnelle. Cependant, comme le remarquent les membres majoritaires de la Cour constitutionnelle, il est très difficile de considérer ce vice de forme comme une irrégularité relative à la 'majorité de vote' nécessaire pour l'adoption des lois constitutionnelles. Dans le cas concret, la condition de majorité des deux tiers a été remplie. Le fait que l'entrée en vigueur de la décision de l'Assemblée nationale est liée à une autre condition n'est pas une question qui concerne la majorité de vote au sens où l'entend la Constitution. Si selon la Constitution, le contrôle de forme de la Cour constitutionnelle sur les lois constitutionnelles comportait non seulement les trois irrégularités de forme mentionnées dans la Constitution, mais tous les vices de forme, il est fort probable que la décision de la Cour constitutionnelle pourrait être différente. Par contre, devant la disposition claire de la Constitution, il est maintenant impossible de le défendre »⁵⁹.

3. Quant à nous, nous pensons que l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 était contraire à la version initiale de l'article 175 qui était en ce moment-là en vigueur. Car, il prévoyait, pour l'entrée en vigueur de l'alinéa 1 de l'article 4, la condition de référendum obligatoire qui n'existait pas dans la procédure déterminée par l'article 175. Bref, cette disposition était entachée d'une inconstitutionnalité. D'ailleurs, sur ce point, il n'y a pas de discussion : tous les auteurs, ceux qui approuvent la décision de la Cour constitutionnelle et ceux qui ne l'approuvent pas, constatent cette irrégularité. D'ailleurs la Cour n'a pas dit le contraire.

En effet la question qui s'est posée à la Cour constitutionnelle n'était pas celle de savoir si l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 était contraire ou non à la version initiale de l'article 175 de la Constitution de 1982. La vraie question était celle de savoir si la Cour constitutionnelle était compétente ou non pour examiner cette inconstitutionnalité.

Pour résoudre cette question, il faut d'abord déterminer le type de cette inconstitutionnalité. Car, comme on l'a étudié, selon l'article 148 de la Constitution de 1982, la Cour constitutionnelle n'est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles que sur la forme. En d'autres termes, si l'inconstitutionnalité en question était une inconstitutionnalité de fond, la Cour constitutionnelle ne peut pas l'examiner.

A notre avis, il y a ici une *inconstitutionnalité de forme*. Car, comme on l'a vu, l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 était contraire à la version initiale de l'article 175 qui était en ce moment-là en vigueur. Et l'article 175 déterminait la procédure de révision constitutionnelle. Il fixait les conditions de proposition, de délibération et d'adoption des lois constitutionnelles. Comme nous l'avons déjà étudié dans la première partie, ces conditions étaient des celles de forme⁶⁰. Par conséquent la vérification de la conformité à ces conditions des lois constitutionnelles donne lieu à un *contrôle de forme*.

59. Hamzaoglu, *op. cit.*, p.103 cité par Onar, *op. cit.*, p.157.

60. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 3.

Alors puisque l'article 148 de la Constitution de 1982 habilitait expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme, on pouvait affirmer que l'inconstitutionnalité en question pouvait être examinée par la Cour constitutionnelle, et par conséquent, l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 pouvait être annulé.

En effet cette conclusion n'est pas suffisante, car il y a encore une deuxième question à résoudre : celle de savoir si l'inconstitutionnalité en question entre dans l'étendue du contrôle de forme définie limitativement par l'article 148, alinéa 2 de la Constitution de 1982. En effet, comme nous l'avons étudié plus haut, la Constitution de 1982 n'a pas seulement précisé que le contrôle de la Cour constitutionnelle porte exclusivement sur la forme des lois constitutionnelles ; mais elle a également limité l'étendue de ce contrôle, en définissant, dans son article 148, alinéa 2, en quoi consistait le contrôle de forme :

« Le contrôle de la constitutionnalité des révisions constitutionnelles quant à la forme se limite à vérifier si elles ont été proposées et votées à la majorité prévue et si l'interdiction d'en délibérer selon la procédure d'urgence a été respectée. »

Alors il faut résoudre la question de savoir si l'inconstitutionnalité en question concerne l'une de ces trois conditions. D'abord rappelons que l'inconstitutionnalité en question consiste au fait que l'alinéa 2 l'article 4 de la loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987 *était contraire* à la version initiale de l'article 175. Car, pour l'entrée en vigueur de l'alinéa 1 de cet article, il prévoyait une condition (soumission au référendum) qui n'existait pas dans la version initiale de l'article 175 qui était à ce moment en vigueur.

A notre avis cette inconstitutionnalité n'était pas l'une des trois irrégularités limitativement énumérées dans l'article 148, alinéa 2, de la Constitution. Car, cet alinéa a été proposé par au moins un tiers et adopté par une majorité de plus de deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale. Egalement cet alinéa n'a pas été délibéré selon la procédure d'urgence. Par conséquent, l'inconstitutionnalité en question ne pouvait pas être contrôlée par la Cour constitutionnelle. Alors nous approuvons donc entièrement la décision du 18 juin 1987 de la Cour constitutionnelle.

* * *

On peut constater que, sous la Constitution de 1982, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle confirme nos conclusions tirées à partir de la réglementation constitutionnelle sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Sans entrer dans les détails, comme on l'a exposé plus haut⁶¹, rappelons que la Cour constitutionnelle turque ne peut pas contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*, car ceci a été exclu expressément par l'article 148, alinéa 1, de la Constitution de 1982. Par contre, la Cour constitutionnelle peut contrôler sans aucun doute la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à*

61. Cette sous-section, § 1, A.

la forme, car l'article 148, alinéa 1, de la Constitution habilite expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme⁶².

Cependant, comme nous l'avons expliquée plus haut⁶³, *l'étendue du contrôle de forme est délimitée* par l'article 148, alinéa 2, de la Constitution. Selon cet article, au titre du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme, la Cour constitutionnelle ne peut vérifier que si elles ont été proposées et votées à la majorité prévue et si l'interdiction d'en débattre selon la procédure d'urgence a été respectée. Alors, nous avons conclu que, en dehors de la vérification de ces trois conditions, la Cour constitutionnelle turque ne peut exercer aucun contrôle sur les lois constitutionnelles.

Nous venons de voir que, dans sa décision du 18 juin 1987, la Cour constitutionnelle turque ne s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles que quant à la forme. D'ailleurs la Cour a décidé que son contrôle de forme des lois constitutionnelles se limite à la vérification des majorités nécessaires à leur proposition et à leur adoption et de la condition d'après laquelle elles ne peuvent pas être délibérées selon la procédure d'urgence.

On peut donc conclure que nos conclusions théoriques sont confirmées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Alors, dans un système où le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution, ce contrôle est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle.

* * *

D'ailleurs, en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il convient de faire une remarque générale : sous la Constitution de 1982, la Cour constitutionnelle n'a pas montré l'audace qu'elle a exposée plusieurs fois sous la Constitution de 1961. Elle n'a pas tenté de faire une interprétation large de l'article 148 de l'alinéa 2, qui détermine l'étendue du contrôle de forme. Or, comme on le voit dans la critique adressée à sa décision, la Cour constitutionnelle avait la possibilité de faire une interprétation large et de considérer l'irrégularité de l'article 4 de la loi constitutionnelle 17 mai 1987 comme une question entrant dans la condition de la majorité de vote pour laquelle elle est compétente de se prononcer. La Cour constitutionnelle a observé strictement que la Constitution ne lui attribue pas la compétence d'examiner l'irrégularité en question.

Ce comportement de la Cour constitutionnelle appelle une observation : si l'on se souvient que la Cour est allée trop loin dans ses interprétations sous la Constitution de 1961, et que, comme réaction à ces interprétations, le constituant de 1982 a réduit sensiblement sa compétence, la Cour constitutionnelle a probablement tiré la leçon de cette expérience, et s'est abstenue cette fois de faire une interprétation

62. Cette sous-section, § 1, A.

63. Cette sous-section, § 1, B.

large, tandis que la possibilité juridique existait. La Cour constitutionnelle a eu probablement la crainte d'une éventuelle réaction du pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi, comme on va le voir plus tard⁶⁴, cette situation confirme la théorie mécaniste de la constitution, car la Cour constitutionnelle n'agit pas simplement en fonction des dispositions constitutionnelles, mais en considérant les réactions qu'elle peut déclencher de la part du pouvoir de révision constitutionnelle.

§ 3. L'APPRECIATION GENERALE DU PROBLEME DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES DANS LE SYSTEME DE LA CONSTITUTION TURQUE DE 1982

Ainsi nous venons de voir la réglementation constitutionnelle et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles sous la Constitution turque de 1982. Maintenant nous allons essayer de faire une appréciation générale de la problématique.

Comme nous l'avons vu plus haut⁶⁵, dans la Constitution turque de 1982, le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles a été expressément réglementé, d'ailleurs d'une façon assez détaillée. Par conséquent, sous la Constitution de 1982, le cas de la Turquie doit être analysé comme un *système dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution*.

Dans un tel système, comme nous l'avons rappelé plusieurs fois⁶⁶, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle.

Comme on l'a vu plus haut⁶⁷, dans la Constitution de 1982, le contrôle de forme des lois constitutionnelles a été prévu, par contre le contrôle de fond en a été exclu.

Ainsi, nous avons plus haut⁶⁸ affirmé que la Cour constitutionnelle turque ne peut pas contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*, car ceci a été exclu expressément par l'article 148, alinéa 1, de la Constitution de 1982. Par contre, la Cour constitutionnelle peut contrôler sans aucun doute la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*, car l'article 148, alinéa 1, de la Constitution habilite expressément la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme⁶⁹.

64. Cette section, Conclusion

65. Cette sous-section, § 1.

66. Ce titre, Chapitre 1.

67. Cette sous-section, § 1, A.

68. Cette sous-section, § 1, A.

69. Cette sous-section, § 1, A.

Cependant, comme nous l'avons expliquée plus haut⁷⁰, l'*étendue du contrôle de forme est délimitée* par l'article 148, alinéa 2, de la Constitution. Selon cet article, au titre du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme, la Cour constitutionnelle ne peut vérifier que si elles ont été proposées et votées à la majorité prévue et si l'interdiction d'en débattre selon la procédure d'urgence a été respectée. Alors, nous avons conclu que, en dehors de la vérification de ces trois conditions, la Cour constitutionnelle turque ne peut exercer aucun contrôle sur les lois constitutionnelles.

* * *

Ensuite nous avons recherché si ces conclusions ont été confirmées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque.

Nous venons de voir que⁷¹, dans sa décision du 18 juin 1987, la Cour constitutionnelle turque ne s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles que quant à la forme. D'ailleurs la Cour a décidé que son contrôle de forme, en ce qui concerne les lois constitutionnelles, se limite à vérifier si elles ont été proposées et votées à la majorité prévue et si l'interdiction d'en délibérer selon la procédure d'urgence est respectée.

On peut donc observer que nos conclusions théoriques sont confirmées par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Alors, dans un système où le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution, ce contrôle est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle.

Dans la mesure où la constitution prévoit le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ces lois seront contrôlées par l'organe chargé de ce contrôle (cours constitutionnelles), et par conséquent les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées par l'interprétation de cet organe. Comme nous l'avons vu, la Cour constitutionnelle turque se déclare compétente, si la loi constitutionnelle n'a pas été proposée et adoptée à la majorité prévue et si l'interdiction d'en débattre selon la procédure d'urgence n'a pas été respectée. C'est-à-dire que si ces trois conditions de forme ne sont pas respectées, elles seront sanctionnées par la décision de la Cour constitutionnelle.

Par contre, en dehors de la vérification de ces trois conditions, la Constitution turque de 1982 n'habilite pas la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Or, comme nous l'avons étudié dans la première partie⁷², la Constitution turque de 1982 prévoit d'autres limites de forme⁷³ et surtout plusieurs limites matérielles à la révision constitutionnelle⁷⁴. Par exemple, la forme républicaine de l'Etat, le principe de l'Etat de droit démocratique et social,

70. Cette sous-section, § 1, B.

71. Cette sous-section, § 2, A.

72. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, § 2 et § 3.

73. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 3.

74. Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1.

le laïcisme, le respect des droits de l'homme, le nationalisme d'Atatürk sont des principes intangibles. Par contre, la Cour constitutionnelle ne peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces principes, car l'article 148, alinéa 1, de la Constitution lui interdit d'exercer un contrôle de fond sur les lois constitutionnelles. D'ailleurs la Cour constitutionnelle ne peut même pas vérifier la régularité formelle des lois constitutionnelles sur d'autres points que les trois conditions définies dans l'article 148, alinéa 2. Or, il est probable qu'une loi constitutionnelle soit entachée d'autres vices de procédure que ces trois irrégularités de forme.

* * *

Alors, dans ce cas, une question se pose. Car, comme on le voit, en Turquie, sous la Constitution de 1982, les lois constitutionnelles peuvent être contraires aux limites matérielles à la révision constitutionnelle et même à des limites de forme autres que les trois conditions mentionnées dans l'article 149 (majorité de proposition, majorité d'adoption et interdiction de débattre les lois constitutionnelles selon la procédure d'urgence). Et si c'est le cas, ces lois seront en vigueur, car elles ne peuvent pas être invalidées. Ainsi, sous la Constitution de 1982, une loi constitutionnelle contraire à ses limites matérielles peut être en vigueur. Car, comme on l'a déjà indiqué, en théorie juridique, tant qu'une loi n'est pas abrogée ou annulée par un organe compétent ; elle sera toujours en vigueur, et par conséquent valable⁷⁵. Et sous la Constitution de 1982, puisque le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond a été exclu par la constitution et que la Cour constitutionnelle s'est déclarée incompétente pour le contrôle de fond des lois constitutionnelles, une loi constitutionnelle contraire à ses limites matérielles sera toujours en vigueur, même si elle est contraire à ses limites matérielles selon les vues de X ou de Y⁷⁶.

C'est pourquoi, il faut discuter ici de deux questions suivantes :

A. LE FONDEMENT DE LA VALIDITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES CONTRAIRES AUX LIMITES MATERIELLES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Comme nous l'avons expliqué, en Turquie sous la Constitution de 1982, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond est impossible, car, la Constitution l'a exclu et d'ailleurs la Cour constitutionnelle s'est déclarée incompétente pour examiner le contenu des lois constitutionnelles. Alors une loi constitutionnelle pourrait être valable, même si elle est contraire aux dispositions de la Constitution qui lui imposent des limites matérielles. C'est pourquoi, il faut expliquer le fondement de la validité des lois de révision constitutionnelle contraires à ses limites matérielles, cependant en vigueur.

75. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.360.

76. Par analogie à l'argumentation développée par Kelsen (*Théorie pure du droit*, op. cit., p.360).

Dans le système de la Constitution turque de 1982, on pourrait penser qu'une loi de révision constitutionnelle contraire à ses limites matérielles trouve *son fondement de validité dans la Constitution elle-même*, c'est-à-dire, dans la volonté du pouvoir constituant originaire de 1982. En effet, puisque la Constitution de 1982 interdit expressément le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond, on pourrait conclure que cette Constitution elle-même accepte la validité des lois de révision constitutionnelle contraires à ses limites. Parce que le pouvoir constituant originaire de 1982 avait eu la possibilité de prévoir le conflit entre une loi de révision constitutionnelle et les dispositions de la Constitution qui lui imposent des limites matérielles, c'est-à-dire les dispositions intangibles de la Constitution (art.1, 2 et 3), ainsi que la possibilité d'habiliter la Cour constitutionnelle à le résoudre, comme d'ailleurs il l'a fait pour les limites de forme. Puisqu'il ne l'a pas fait, de plus, il a exclu expressément le contrôle de fond, on peut en déduire que le pouvoir constituant originaire de 1982 lui-même n'a pas voulu que la Grande Assemblée nationale de Turquie, en tant qu'organe de révision constitutionnelle, soit matériellement limitée. En d'autres termes, en excluant le contrôle de fond des lois constitutionnelles, le pouvoir constituant originaire de 1982 a permis implicitement l'édition des lois constitutionnelles qui seraient contraires aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la Constitution de 1982 qui leur imposent des limites matérielles. C'est-à-dire que le pouvoir constituant originaire de 1982 a habilité la Grande Assemblée nationale de Turquie à édicter des lois constitutionnelles. Mais il n'a pas prévu une sanction pour cette habilitation quant au fond. Alors « accorder une telle habilitation non sanctionnée, c'est donner par là même l'habilitation de la transgresser »⁷⁷.

Alors sous la Constitution de 1982, il faut conclure que les lois constitutionnelles peuvent avoir un contenu qui est contraire aux dispositions intangibles de cette Constitution (articles 1, 2 et 3). En d'autres termes, la Constitution de 1982 donne à la Grande Assemblée nationale de Turquie, en respectant les conditions de majorité, le pouvoir de donner aux lois constitutionnelles soit un contenu conforme aux dispositions intangibles de la Constitution, soit un contenu autre. Par conséquent les dispositions intangibles de la Constitution (articles 1, 2 et 3) ne présentent pas beaucoup d'intérêt. La Constitution de 1982 elle-même a créé cette possibilité par le fait qu'elle ne laisse à aucun autre organe que la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, la faculté de décider si les normes édictées par elle en tant que lois de révision constitutionnelle sont conformes aux dispositions intangibles de la Constitution. Les dispositions des articles 1, 2 et 3 de la Constitution qui imposent des limites matérielles aux lois constitutionnelles ont alors le caractère de dispositions simplement alternatives. L'Assemblée nationale, organe de révision constitutionnelle, a le choix entre s'y conformer ou ne pas s'y conformer. Puisque la Cour constitutionnelle est incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond, on ne saurait arriver à une conclusion différente⁷⁸.

77. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.17.

78. Ce paragraphe est l'application de l'argumentation de Kelsen à notre problème (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p.362-363).

C'est une façon d'expliquer le fondement de la validité des lois constitutionnelles contraires aux limites matérielles à la révision constitutionnelle. Cependant nous pensons qu'il n'y a ici qu'un faux problème. A vrai dire, nous n'avons pas besoin d'expliquer le fondement de la validité des lois constitutionnelles contraires aux dispositions de la Constitution qui leur imposent des limites matérielles. Parce qu'il n'y a ici qu'un conflit *apparent*, et non pas *juridique*, entre les lois constitutionnelles et ces dispositions. En d'autres termes, puisque la Cour constitutionnelle turque est incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond, cette contradiction ne pourrait jamais être constatée dans l'ordre juridique. Chacun peut exprimer une opinion sur la conformité d'une loi constitutionnelle aux dispositions intangibles de la Constitution, cependant personne n'a reçu la compétence pour se prononcer sur la validité d'une telle loi. Autrement dit, il est impossible d'élever cette contradiction au niveau juridique. Puisque la Constitution turque de 1982 refuse à la Cour constitutionnelle le pouvoir de contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux dispositions intangibles de la Constitution, on ne peut pas alors parler de la conformité ou de la non-conformité d'une loi constitutionnelle à ces dispositions.

B. LA SIGNIFICATION DES LIMITES MATERIELLES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Comme on l'a vu, dans le système de la Constitution turque de 1982, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond est impossible. Par conséquent, une loi constitutionnelle contraire aux limites matérielles à la révision constitutionnelle pourrait être valable. En d'autres termes, les limites matérielles à la révision constitutionnelle ne sont pas sanctionnées par la Cour constitutionnelle. Dans ce cas, les questions suivantes se posent inévitablement : que signifie cette absence de sanction ? L'affirmation du principe de la limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle est-elle purement théorique ? Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle sont-elles privées de toute force obligatoire ?

Alors, en Turquie sous la Constitution de 1982, quel est le sens des limites matérielles à la révision constitutionnelle, c'est-à-dire des dispositions intangibles de la Constitution (articles 1, 2 et 3) ?

Rappelons d'abord le sens des dispositions de l'article 175 qui déterminent les conditions de majorités nécessaires à la proposition et l'adoption des lois constitutionnelles et la condition d'après laquelle les lois constitutionnelles ne peuvent être délibérées selon la procédure d'urgence. Comme nous l'avons vu, l'article 148 habilite la Cour constitutionnelle à contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces trois conditions. Par conséquent, ces trois conditions de forme s'adressent d'abord à la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle et ensuite et définitivement à la Cour constitutionnelle turque. Si l'Assemblée nationale ne respecte pas ces trois conditions lorsqu'elle adopte une loi constitutionnelle, à vrai dire si les titulaires du droit de saisine veulent contester l'interprétation donnée à ces trois conditions par l'Assemblée nationale, ils peuvent

saisir la Cour constitutionnelle. Dans ce cas, la Cour examinera la question de savoir si la loi constitutionnelle en question a été bien proposée et adoptée à la majorité prévue et si l'interdiction d'en débattre selon la procédure d'urgence a été respectée. Si la Cour constitutionnelle estime que la loi constitutionnelle a été adoptée contrairement à l'une de ces trois conditions, elle peut l'annuler. Et la décision de la Cour constitutionnelle turque, comme nous l'avons vu est juridiquement incontestable. Ainsi, ces trois conditions de forme seront sanctionnées en dernière analyse par l'interprétation authentique de la Cour constitutionnelle.

Par contre, puisque la Cour constitutionnelle turque est incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond, il faut conclure que les limites matérielles, c'est-à-dire les dispositions intangibles de la Constitution de 1982 (articles 1, 2 et 3) sont adressées *uniquement* à la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle. Ainsi, l'Assemblée nationale ne doit pas adopter une loi constitutionnelle contraire aux dispositions intangibles de la Constitution de 1982 (articles 1, 2 et 3)⁷⁹. Mais, puisque la Cour constitutionnelle est incompétente pour examiner le contenu des lois constitutionnelles, c'est à l'Assemblée nationale et à elle seule qu'appartient le pouvoir d'apprécier si le texte qui lui a été présenté est conforme ou contraire à ces dispositions⁸⁰. Si l'Assemblée nationale, qui est le pouvoir de révision constitutionnelle, accepte de le voter, ceci signifie qu'elle interprète que la proposition en question n'est pas contraire aux limites matérielles à la révision constitutionnelle. Il faut alors conclure que, dans cette hypothèse, les dispositions intangibles de la Constitution de 1982 (articles 1, 2 et 3), c'est-à-dire les limites matérielles, sont sanctionnées par l'interprétation donnée par l'Assemblée nationale elle-même.

Par conséquent, dans le système de la Constitution turque de 1982, puisque le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond est exclu, toutes les lois constitutionnelles en vigueur sont toujours conformes aux limites matérielles à la révision constitutionnelle, c'est-à-dire aux dispositions intangibles de la Constitution (art.1, 2 et 3). Car si les lois constitutionnelles n'étaient pas conformes à ces dispositions, la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, aurait dû refuser les voter. Alors dans une telle hypothèse, les lois édictées par l'Assemblée nationale comme lois constitutionnelles sont toujours conformes aux dispositions intangibles de la Constitution de 1982 (art.1, 2 et 3) selon l'interprétation de l'Assemblée nationale, organe de révision constitutionnelle⁸¹. Alors, dans le système de la Constitution turque de 1982, les limites

79. Cf. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *op. cit.*, p.141.

80. Cf. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, t.II, p.603.

81. Hans Kelsen affirme la même chose en ce qui concerne les lois ordinaires lorsque la constitution refuse expressément aux organes de l'application des lois le pouvoir de contrôler la constitutionnalité de ces lois. Selon lui, dans une telle hypothèse, « seul l'organe de législation a le pouvoir de décider lui-même si la loi qu'il a adoptée est constitutionnelle, c'est-à-dire si tant la procédure suivant laquelle il l'a adoptée que le contenu qu'il lui a donnée sont conformes à la Constitution... Ceci signifie que tout ce que cet organe de la législation édicte comme loi doit être considéré comme loi au sens de la Constitution » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.362).

matérielles à la révision constitutionnelle sont sanctionnées par l'interprétation authentique de l'Assemblée nationale.

Sans doute on peut critiquer cette solution en disant que la sanction par l'interprétation de la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, n'est pas une vraie sanction. En effet, ces limites s'imposent à la cette Assemblée, autrement dit c'est elle qui est le sujet à limiter, cependant, dans cette solution, c'est à elle que revient la compétence de déterminer le sens de ces limites. Ainsi, on voit mal comment un sujet serait limité par les dispositions dont le sens sera déterminé par lui-même.

A notre avis, cette critique n'a pas de sens juridique, car, comme nous l'avons expliqué plus haut⁸², on peut donner plusieurs réponses à la question de savoir si une loi constitutionnelle est conforme ou contraire aux dispositions de la constitution qui des limites matérielles. Ainsi une loi constitutionnelle peut être contraire à ces dispositions selon X, mais contraire selon Y. Seulement la réponse de l'organe compétent est authentique. Les autres ne sont que des opinions subjectives.

En conclusion, dans le système de la Constitution turque de 1982, puisque la Cour constitutionnelle est incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond, seule la Grande Assemblée nationale de Turquie, en tant qu'organe de révision constitutionnelle, est compétente pour se prononcer sur la conformité des lois constitutionnelles aux dispositions de la Constitution qui leur imposent des limites matérielles. Il faut alors accepter comme valables toutes les lois constitutionnelles édictées par l'Assemblée nationale, en respectant des majorités nécessaires à leur proposition et à leur adoption et l'interdiction d'en débattre selon la procédure d'urgence, même si elles sont contraires aux limites matérielles à la révision constitutionnelle, c'est-à-dire aux dispositions intangibles de la Constitution de 1982 (articles 1, 2 et 3), selon les vues de X ou de Y.

82. Ce titre 2, Chapitre 1.

[Page laissée intentionnellement vide]

CONCLUSION DE LA SECTION 2
(LE PROBLEME DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE
DES LOIS CONSTITUTIONNELLES EN TURQUIE)

En Turquie, sous les Constitutions de 1961 et 1982, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et la réglementation constitutionnelle effectuée comme une réaction à cette jurisprudence par le pouvoir constituant originaire et par le pouvoir de révision constitutionnelle peuvent se résumer comme suit.

1. Sous la Constitution de 1961, avant la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, la Cour constitutionnelle turque s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu. De plus elle a élargi, par l'interprétation, l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution de 1961. Selon la Cour constitutionnelle, non seulement l'article 1^{er} qui dit que « l'Etat turc est une République », mais aussi l'article 2 qui détermine les caractéristiques de cette République étaient intangibles.

2. Comme réaction à cette jurisprudence, la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, en révisant la Constitution de 1961 dans son article 147, par la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, a interdit expressément à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond*.

Ainsi la compétence de la Cour constitutionnelle a été réduite. Elle n'était compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles que sur la forme. Ceci alors qu'elle s'était reconnue la compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond avant la révision constitutionnelle de 1971.

Si la Cour constitutionnelle n'avait pas inclus les caractéristiques de la République (Etat de droit démocratique, laïque, social, etc.) dans l'interdiction de réviser la Constitution prévue dans l'article 9, le pouvoir de révision constitutionnelle n'aurait pas eu le besoin de lui interdire la compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. En d'autres termes, si la Cour constitutionnelle n'avait pas élargi, par l'interprétation, l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, elle aurait pu garder la compétence pour vérifier la conformité à cette interdiction des lois constitutionnelles. Ainsi, quitte à élargir l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, la Cour

constitutionnelle a vu la réduction de sa compétence pour contrôler la conformité à cette règle des lois constitutionnelles. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle, pour obtenir encore plus, a perdu ce qui était entre ses mains.

La Cour constitutionnelle est allée trop loin dans l'utilisation de son pouvoir d'interprétation authentique. Elle n'a pris en considération une éventuelle réaction du pouvoir de révision constitutionnelle. De ce fait, elle a subi les conséquences de son interprétation large de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution : sa compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant au fond* a été supprimée. De plus elle a provoqué, dans la société, un débat sur la légitimité de son existence même.

3. Plus grave encore, la Cour constitutionnelle turque n'a pas tiré la leçon de ce qui s'est passé : elle a continué à aller trop loin dans son pouvoir d'interprétation authentique.

Ainsi, après 1971, la Cour constitutionnelle n'avait qu'une compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles *quant à la forme*. Mais cette fois-ci, en forçant encore les mots, elle a défini le contrôle de forme d'une façon très large : elle a affirmé que l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution était une *règle de forme*, et par conséquent elle pouvait contrôler la conformité à cette règle des lois constitutionnelles.

Dans cette période non plus, la Cour constitutionnelle n'a pas pris en considération la réaction éventuelle du pouvoir constituant, dans son interprétation authentique.

4. Cette fois-ci, c'est le pouvoir constituant originaire qui a fait la Constitution turque de 1982 qui a réagi contre cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Le constituant originaire de 1982 a défini, dans l'article 148, alinéa 2, de la nouvelle Constitution, en quoi consiste le contrôle de forme. Ainsi avec cette disposition, la compétence de la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme est limitée à la vérification de ces trois conditions : les majorités nécessaires à leur proposition, à leur adoption et la condition d'après laquelle elles ne peuvent pas être délibérées selon la procédure d'urgence. D'ailleurs, le pouvoir constituant originaire de 1982 a posé une règle très efficace pour empêcher les décisions d'annulations de la Cour constitutionnelle. Selon l'article 149, alinéa 1, de la Constitution de 1982, la Cour constitutionnelle ne peut décider l'annulation des révisions constitutionnelles qu'à la majorité des deux tiers de ses membres.

Comme on le voit, cette fois, la Cour constitutionnelle a encore cher payé sa définition large du contrôle de forme. D'une part, elle a vu réduire l'étendue de sa compétence pour le contrôle de forme, et d'autre part, l'annulation des révisions constitutionnelles est soumise à une étrange condition pour un tribunal : la majorité des deux tiers. Si l'on se souvient que, sous la Constitution de 1961, la Cour constitutionnelle a prononcé l'annulation des lois constitutionnelles toujours par 8 voix contre 7, l'efficacité de disposition apparaît clairement.

Comme nous l'avons montré plus haut, si la Cour constitutionnelle, sous la Constitution de 1961, n'avait pas affirmé que l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est une règle de forme, il nous semble que le pouvoir constituant originaire qui fait la Constitution de 1982 n'aurait pas eu le besoin, d'une part, de définir limitativement en quoi consistait le contrôle de forme des lois constitutionnelles, et d'autre part de poser cette condition de majorité des deux tiers qui est inhabituelle pour un tribunal.

Enfin sous la Constitution de 1982, la Cour constitutionnelle a changé sa jurisprudence et s'est déclarée incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. D'ailleurs elle a affirmé que son contrôle de forme est limité à la vérification des trois conditions mentionnées dans l'article 148, alinéa 2.

Ainsi, quitte à élargir l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution, la Cour constitutionnelle s'est vue, d'une part, définir limitativement le contrôle de forme, et d'autre part, imposer une condition de majorité qualifiée pour prononcer l'annulation des lois constitutionnelles. Ainsi, la Cour constitutionnelle, cette fois aussi, pour obtenir encore plus, a perdu ce qui est entre ses mains.

A. LA CONFIRMATION DE LA THEORIE REALISTE DE L'INTERPRETATION

Il nous semble qu'en Turquie, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles confirme la théorie réaliste de l'interprétation.

D'abord rappelons que selon la *théorie classique de l'interprétation*¹, « il existe pour toute situation une règle applicable, lorsque cette règle n'est pas claire, le juge doit retrouver la volonté du législateur, mettre au jour un sens qui est déjà là, quoique caché »². Par conséquent selon cette théorie, le juge aurait simplement pour tâche d'appliquer la loi. Il n'est donc pas créateur³. En d'autres termes, « selon la conception traditionnelle, la décision juridictionnelle est le produit d'un syllogisme, construit sur le modèle : 'tous les voleurs doivent être punis de prison ; Dupont est un voleur ; donc Dupont doit être puni de prison'. La prémisse majeure est la loi applicable, la mineure le fait et la conclusion la sentence. Ainsi, la décision n'en est pas réellement une et on comprend que le pouvoir judiciaire soit considéré 'en quelque sorte nul', selon la formule de Montesquieu »⁴.

1. H.L.A. Hart appelle cette théorie le « formalisme ». Voir Hart, *op. cit.*, p.155.

2. Troper, « Le positivisme comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 280.

3. *Ibid.*, p.279.

4. Michel Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, p.36 ; *Id.*, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p.334.

Par contre selon la *théorie réaliste de l'interprétation*⁵, « la prémisse majeure, la loi, n'est pas réellement donnée au juge, il doit en interpréter le texte, déterminer sa signification. C'est donc lui qui devient le véritable créateur de cette prémisse, le véritable législateur. Voilà donc l'essence de la théorie réaliste de l'interprétation : *le véritable législateur n'est pas l'auteur du texte, c'est l'interprète* »⁶.

La théorie réaliste de l'interprétation s'explique d'abord par la « nécessité d'une interprétation avant tout acte d'application du droit »⁷. Car, comme on l'a vu dans la première partie⁸, la norme n'est pas le texte lui-même, mais sa signification. Et « un texte peut être porteur de plusieurs sens »⁹, c'est-à-dire qu'il peut contenir plusieurs normes entre lesquelles l'organe d'application doit choisir celle qu'il appliquera. Avant que ce choix n'intervienne, il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte. C'est l'interprétation qui, en quelque sorte, insère dans ce texte une norme précise... On sait que ce choix est le résultat dans tous les cas d'une opération de la volonté, qu'elle est manifestation du libre arbitre de l'organe d'application. C'est lui qui, à proprement parler, pose lui-même la norme qu'il appliquera »¹⁰.

5. H.L.A. Hart appelle cette théorie « *rule-scepticism* ». Voir Hart, *op. cit.*, p.169-174.

6. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.*, p.36. C'est nous qui soulignons. Egalement Michel Troper, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p.525 ; *Id.*, « Un système pure du droit... », *op. cit.*, p.133.

7. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.*, p.34. Voir aussi Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.453 : « Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes ».

8. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 1, B.

9. Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, p.142. Voir également Aulis Aarnio, « On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms » in W. Krawietz, Th. Mayer-Mly et O. Weinberger (ed.), *Objectivierung des Rechtsdenkens : Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p.427-437, (Extrait de-) in Grzegorzczyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, p.329-330 : « Le texte unique d'une loi exprime plusieurs normes alternatives ». « Un texte réglementaire peut énoncer plusieurs *normes alternatives* parmi lesquelles on doit choisir ».

10. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *op. cit.*, p.142-143. « Un organe chargé d'appliquer un texte doit au préalable déterminer le sens de ce texte, c'est-à-dire, la norme qu'il contient, avant de poser une norme de degré inférieure... Tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir et *c'est dans ce choix que consiste l'interprétation*. Il s'agit d'un acte libre et la validité de son résultat dépend seulement de qualité de son auteur. Si c'est un organe auquel est conféré le pouvoir d'interpréter, l'interprétation s'incorpore à l'ordre juridique quel que soit le sens choisi » (*Ibid.* C'est nous qui soulignons.).

En ce sens voir également Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p.62 : « L'interprétation est toujours une *décision qui implique un choix*. Il s'agit d'un choix entre deux ou plusieurs alternatives sémantiquement et légalement possible ».

En effet, comme le remarque Michel Troper, il s'agit d'une doctrine fort ancienne puisqu'on la fait remonter à l'évêque Hoadly qui écrivait au XVI^e siècle : « quiconque dispose du pouvoir absolu d'interpréter une loi écrite ou orale est le véritable législateur et non celui qui le premier l'a écrite ou énoncée » (Cité par Troper, « Le positivisme comme théorie du droit », *op. cit.*, p.280).

D'autre part, selon la théorie réaliste de l'interprétation, « l'interprétation est un acte de volonté et non pas un acte de connaissance »¹¹. Cela tient à deux facteurs : Le premier est qu'il n'existe pas de signification objective susceptible d'être connue. Car, « il est difficile, voire impossible, de connaître l'état mental de chacun des auteurs du texte, au moment où ils l'ont adopté »¹². Et le deuxième facteur, comme l'explique Michel Troper, tient au fait que « l'interprétation donnée par certains organes de l'ordre juridique présente un caractère authentique. On désigne par là le caractère d'une interprétation, qui ne peut être juridiquement contestée et qui est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques »¹³. Est ainsi authentique l'interprétation de la loi donnée par une Cour souveraine ou celle que donne de la Constitution un juge constitutionnel ou un chef d'Etat, dans les hypothèses où il n'existe pas de voie de recours contre ses actes. Elle n'est pas susceptible d'être vraie ou fausse. Nul en effet ne pourrait la contester efficacement, d'une part parce qu'il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait confronter, d'autre part parce qu'elle n'est pas annulable et produit des effets quel que soit son contenu. On peut donc seulement dire qu'elle est valide »¹⁴.

Il résulte de là que l'organe d'application du droit, par son interprétation authentique crée du droit. A cet égard, Kelsen observe que « la voie de l'interprétation authentique, c'est-à-dire de l'interprétation des normes par les organes juridiques qui doivent les appliquer, ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation – à base de connaissance – des normes à appliquer, mais peut également aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer »¹⁵.

* * *

Si l'on examine la constitution à la lumière de la *théorie réaliste de l'interprétation*, on peut affirmer que la constitution « n'a pour contenu que les normes posées par l'interprétation des organes d'application et ces derniers ne sont jamais soumis qu'à leur propre volonté. En particulier, ils interprètent les dispositions qui définissent leurs compétences, qu'ils déterminent donc eux-mêmes »¹⁶. En d'autres

11. Troper, « Justice constitutionnel et démocratie », *op. cit.*, p.35. Pour ce problème en général voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.459-462 : « Dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance. Ou bien cet acte crée une norme de degré inférieure, ou bien il réalise l'acte de contrainte ordonné dans la norme juridique à appliquer ».

12. Michel Troper, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, n°64, 1991, p.191. « Mais même si l'on pouvait la connaître, on n'aurait connaissance que du fait, un état mental, psychique et non pas d'une signification » (Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.*, p.35-36).

13. C'est nous qui soulignons. Voir également Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.461 ; Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *op. cit.*, p.142.

14. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.*, p.36. « Ces interprétations dites 'authentiques' déterminent la signification 'officielle' des textes » (Troper, « Le droit, la raison et la politique », *op. cit.*, p.191).

15. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.461.

16. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *op. cit.*, p.143.

termes la « norme n'est que la signification du texte. Cette signification est librement déterminée par un acte de volonté de l'interprète, ici le juge constitutionnel. La norme constitutionnelle n'est donc pas pour lui un donné, car *avant l'interprétation, il n'y a pas de norme* »¹⁷.

Bref, les organes d'application de la constitution posent eux-mêmes les normes constitutionnelles. Cependant, ces mêmes organes sont créés et organisés par la constitution. Et d'autre part, « il est certain que l'acte de volonté par lequel le constituant adopte une disposition constitutionnelle a la signification subjective d'une norme. Mais, il ne saurait avoir la signification objective d'une norme que si l'ordre juridique attache à sa violation certaines conséquences de droit. Or, c'est précisément, on l'a vu, l'interprétation qu'en donneront les organes d'application qui permettra de déterminer s'il y a violation et s'il y a lieu par conséquent d'appliquer les actes prévus en pareil cas. C'est donc bien l'interprétation – et donc l'application de la constitution – qui seule peut conférer aux dispositions constitutionnelles la signification objective de normes. *La constitution apparaît alors non comme un complexe de normes juridiques, mais comme un ensemble de dispositions ayant la signification subjective de normes. Le constituant ne pose pas de véritables normes*¹⁸, mais exprime sa volonté que certaines autorités, individus ou collèges, soient organisés de telle manière, qu'ils puissent édicter tels types d'actes, séparément ou conjointement, qu'ils aient tel type de relations mutuelles. *Le mot de 'constitution' doit ainsi être pris dans son sens primaire : ce n'est pas un corps de règles; c'est une 'organisation', un système d'organes* »¹⁹.

* * *

Maintenant nous allons essayer d'appliquer la théorie réaliste de l'interprétation aux dispositions de la Constitution turque de 1961 qui règlent la création des lois constitutionnelles (art.155) et qui lui imposent des limites (art.9).

D'abord on peut affirmer que selon la *théorie classique de l'interprétation*, les dispositions des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961 qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont obligatoires. Parce qu'il y a, en Turquie, une Cour constitutionnelle compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Et cette Cour va assurer le respect de ces dispositions. Le pouvoir de la Cour constitutionnelle peut être considéré 'en quelque sorte nul', selon la formule de Montesquieu. Car, en contrôlant la constitutionnalité des lois constitutionnelles, elle n'applique que des dispositions des articles 155 et 9 de la Constitution. Elle n'est donc pas le créateur des limites à la révision constitutionnelle.

17. Troper, « Le droit, la raison, la politique », *op. cit.*, p.191. C'est nous qui soulignons.

18. En ce sens voir encore Troper, « Un système pure du droit... », *op. cit.*, p.134 : « C'est l'interprète qui détermine la signification de la constitution. *La norme constitutionnelle n'est donc pas posée de façon objective et intangible par le pouvoir constituant. C'est une norme qui est recrée de façon permanente par l'interprète authentique, c'est-à-dire le contrôleur de la constitution* » (C'est nous qui soulignons).

19. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *op. cit.*, p.143. C'est nous qui soulignons.

Par contre, selon la *théorie réaliste de l'interprétation*, on ne peut pas affirmer catégoriquement que les dispositions des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961 qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont obligatoires. Car, d'une part, la Cour constitutionnelle doit au préalable déterminer le sens du texte de ces dispositions, avant de contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces dispositions. Et, d'autre part, le texte de ces dispositions est toujours affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens. Dire que les textes des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961 qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle peuvent être porteurs de plusieurs sens, c'est dire qu'ils peuvent porter plusieurs normes entre lesquelles la Cour constitutionnelle peut choisir celle qu'il appliquera. Et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation des limites à la révision constitutionnelle. D'autre part, l'interprétation donnée à ces dispositions par la Cour constitutionnelle turque a le caractère *authentique*, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être juridiquement contestée et elle est la seule à laquelle le droit positif attache des conséquences juridiques. Autrement dit, c'est seulement cette interprétation qui détermine la signification « officielle » de ces dispositions. Par conséquent, le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas soumis au texte des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961, mais à une norme créée par la Cour constitutionnelle turque, autrement dit à l'une des significations de ce texte choisie par cette Cour.

Alors, il résulte de tout ce qui a été dit que, lorsque la Cour constitutionnelle turque contrôle la constitutionnalité des lois constitutionnelles, la norme constitutionnelle qui limite la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, n'est pas réellement donnée à la Cour, mais en interprétant le texte des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961, elle doit déterminer leur signification, c'est-à-dire, créer la norme.

En effet dans les décisions rendues, sous la Constitution de 1961, sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles, la Cour constitutionnelle turque, en interprétant le texte des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961, a déterminé la signification de ces articles, c'est-à-dire qu'elle a créé la norme qui limite la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle.

Nous avons longuement étudié, plus haut, cette « norme » créée par l'interprétation authentique de la Cour constitutionnelle. Ainsi nous avons constaté que selon cette interprétation, l'interdiction de réviser la Constitution prévue dans l'article 9 de la Constitution de 1961 protège, non seulement, la forme républicaine de l'Etat déterminée dans l'article 1, mais aussi, les caractéristiques de la République définies dans l'article 2 de la Constitution. Nous avons critiqué cette interprétation, cependant nous avons constaté que c'est la seule interprétation qui est juridiquement valable.

Alors, c'est donc la Cour constitutionnelle qui est devenue le véritable créateur des normes constitutionnelles qui limitent l'Assemblée nationale, organe de révision constitutionnelle. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle est devenue un véritable pouvoir constituant dérivé. En réalité il faudrait aller plus loin et dire que la Cour constitutionnelle est devenue même un organe *supérieur* au pouvoir

constituant dérivé, car elle peut invalider les révisions constitutionnelles adoptées par ce pouvoir. C'est pourquoi, il n'est pas étonnant de voir que, dans la doctrine constitutionnelle turque, certains auteurs ont reproché à la Cour constitutionnelle de se considérer comme un organe supérieur même au pouvoir constituant²⁰. En réalité, selon la théorie réaliste de l'interprétation, ceci est une conséquence tout à fait attendue.

Voilà la conséquence constitutionnelle de la théorie réaliste de l'interprétation pour le système de la Constitution turque de 1961 : le véritable pouvoir constituant dérivé n'est pas la Grande Assemblée nationale de Turquie, auteur des lois constitutionnelles, mais c'est la Cour constitutionnelle turque, interprète authentique des limites à la révision constitutionnelle.

En conclusion, on peut affirmer que, selon la théorie réaliste de l'interprétation, que la Cour constitutionnelle soit compétente ou incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, les dispositions des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961 ne s'imposent pas aux lois constitutionnelles²¹. Car, lorsque la Cour constitutionnelle est incompétente, l'Assemblée nationale, organe de révision constitutionnelle, n'est pas soumise aux limites exprimées par ces dispositions. Mais même si la Cour constitutionnelle se déclare compétente pour un tel contrôle, la situation ne change point. Car, cette fois-ci, l'Assemblée nationale, organe de révision constitutionnelle, est soumise, non pas aux limites qui lui sont imposées par le pouvoir constituant originaire, mais à leur signification donnée par la Cour constitutionnelle. Alors, dans cette hypothèse, c'est la Cour constitutionnelle qui n'est pas elle-même soumise à la suprématie du pouvoir constituant originaire, et non pas l'Assemblée nationale, organe de révision constitutionnelle. Par conséquent selon la théorie réaliste de l'interprétation, la Cour constitutionnelle devient le véritable pouvoir constituant dérivé.

En effet, une telle conclusion présuppose qu'en Turquie sous la Constitution de 1961, le « pouvoir de révision constitutionnelle » est la seule Grande Assemblée nationale de Turquie, auteur du texte de la loi constitutionnelle. Mais, le véritable pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas seulement l'auteur du texte de la loi constitutionnelle, c'est l'ensemble de ceux qui participent à sa confection, y compris l'organe du contrôle de la constitutionnalité de cette loi²². En d'autres termes, la Cour constitutionnelle turque est un « co-pouvoir de révision constitutionnelle » ou

20. Voir cette section, Sous-section 1, § 1, B, 2. Voir par exemple Aldikaçti, *op. cit.* p.362 ; Teziç, *op. cit.* p.134.

21. Selon Michel Troper, « qu'il existe ou non un organe de contrôle de constitutionnalité, la constitution n'est donc pas supérieure aux lois et aux autres actes des pouvoirs publics. Ceux-ci – autorités juridictionnelles ou non juridictionnelles – doivent, pour appliquer la constitution, l'interpréter donc la recréer sans être liés dans l'exercice de cette activité par aucune norme juridique mais seulement par le système de relations mutuelles dans lequel ils sont insérés » (Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *op. cit.*, p.150).

22. Ce paragraphe est l'application du raisonnement de Michel Troper à notre problème. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.*, p.39 : « le véritable législateur, l'auteur de la loi, n'est pas le Parlement, c'est l'ensemble de ceux qui participent à sa confection, y compris le juge ».

« co-auteur des lois constitutionnelles ». Comme l'explique Michel Troper, la qualité de co-auteur est déterminée à l'aide d'un simple critère : « est auteur ou co-auteur d'un acte, toute autorité qui participe de manière décisionnelle au processus d'édiction de l'acte, autrement dit toute autorité dont le consentement est indispensable à la formation de l'acte »²³. Et selon ce critère, on peut dire que la Cour constitutionnelle turque est le co-auteur des lois constitutionnelles, car elle peut annuler ou valider ces lois.

On peut alors conclure qu'en Turquie, sous la Constitution de 1961, le pouvoir de révision constitutionnelle est exercé par un ensemble d'organes, dont l'un des organes est la Grande Assemblée nationale de Turquie, auteur formel des lois constitutionnelles, et dont l'autre organe partiel est la Cour constitutionnelle turque, organe chargé de contrôler ces lois.

B. LA CONFIRMATION DE LA CONCEPTION MECANISTE DE LA CONSTITUTION

La limitation du pouvoir de révision constitutionnelle se réalise, comme le montre la théorie réaliste de l'interprétation, non pas par les dispositions de la Constitution qui déterminent les limites à la révision constitutionnelle (art.155 et 9 de la Constitution de 1961), mais par les réactions réciproques des deux co-auteurs des lois constitutionnelles, c'est-à-dire de la Grande Assemblée nationale de Turquie et de la Cour constitutionnelle turque. Et ce dernier point montre que la pratique du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Turquie confirme aussi la *conception mécaniste de la constitution*.

D'abord il convient de noter qu'il y a principalement deux conceptions opposées de la constitution : la conception juridique et la conception mécaniste.

Selon la *conception juridique*²⁴, la constitution est considérée comme l'ensemble des normes juridiques, obligatoires pour les pouvoirs publics²⁵. En d'autres termes, dans cette conception, la constitution est perçue comme un texte juridique obligatoire. Selon cette conception, on peut affirmer que les dispositions (art. 155 et 9) de la Constitution de 1961 qui limitent le pouvoir de révision constitutionnelle sont perçues comme des *normes juridiques obligatoires* et par conséquent elles lient l'Assemblée nationale, organe de révision constitutionnelle.

Par contre, dans la *conception mécaniste de la constitution*²⁶, la constitution est perçue « comme l'organisation même du pouvoir politique dans l'Etat, dans laquelle les autorités ont des compétences et des moyens d'actions mutuels si bien

23. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *op. cit.* p.37-38.

24. C'est-à-dire la « constitution comme norme », « la constitution comme ensemble des règles juridiques ». Dans le même sens les auteurs parlent encore de la « constitution normative », du « contenu normatif de la constitution », ou de la « lecture juridique de la constitution » etc.

25. Michel Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs*, n°4, 1978, p.62.

26. Autrement dit, la « constitution institutionnelle » ou la « constitution comme idée ». Dans le même sens les auteurs parlent encore du « contenu politique de la constitution » ou de la « lecture politique de la constitution » .

équilibrés qu'elles ne pourraient pas, même si elles le voulaient, outrepasser leurs pouvoirs. Elles ne sont pas à proprement parler soumises à des *obligations* mais à des *contraintes*, qui résultent pour chacune d'elles de leur insertion dans un système complexe »²⁷. Comme l'affirme Michel Troper, « les conduites des pouvoirs publics ne sont pas perçues comme *l'application ou la violation de normes obligatoires*²⁸, mais comme le produit d'un ensemble complexe de causes, parmi lesquelles figurent les dispositions constitutionnelles et leurs relations mutuelles. La question n'est pas de savoir ce qu'une autorité *doit* faire ou ce qu'il lui est *permis* de faire, mais ce qu'il lui sera *possible* de faire »²⁹. En d'autres termes, « si l'on considère... les dispositions constitutionnelles non pas isolément, mais dans leurs relations mutuelles, on doit constater *non qu'elles obligent ou habilent*, mais qu'elles rendent possibles des stratégies. *Si la Constitution est un ensemble de règles, ce ne sont pas des règles juridiques, mais les règles d'un jeu* : chacun des acteurs choisit entre plusieurs conduites, non pas en fonction de la formulation linguistique des dispositions, mais en considérant les réactions qu'il peut déclencher de la part de ses partenaires »³⁰.

Michel Troper conclut en disant que *la constitution « n'est pas obligatoire, mais dans la mesure où elle englobe tous les pouvoirs publics dans un faisceau de relations nombreuses et complexes, elle limite la liberté de chacun de déterminer seul ses propres compétences. Cette limitation n'est pas d'ordre juridique. Il ne s'agit pas d'obligation, mais de contrainte »*³¹.

* * *

Maintenant appliquons la *conception mécaniste* aux dispositions de la Constitution turque de 1961 qui règlent la création des lois constitutionnelles (art.155) et qui leur imposent quelques limites (art.9).

Dans cette conception on peut alors affirmer que les dispositions des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961 qui règlent la création des lois constitutionnelles et parfois qui leur imposent des limites *ne sont pas obligatoires*. Elles *n'obligent pas* la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle ; mais elles constituent seulement des *contraintes* à cet organe. Par conséquent l'action de la Grande Assemblée nationale de Turquie ne peut être perçue comme l'application ou la violation des dispositions des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961 ; mais comme le produit d'un ensemble complexe de causes, parmi lesquelles figurent ces dispositions de la Constitution. Alors la question n'est pas de savoir ce que la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, *doit* faire ou ce qu'il lui est *permis* de faire, mais ce qu'il lui sera *possible* de faire. En d'autres termes, dans cette conception, on ne peut pas parler, pour la Grande Assemblée nationale de Turquie, de l'*obligation* de se conformer

27. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *op. cit.*, p.62.

28. C'est nous qui soulignons.

29. Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *op. cit.*, p.68.

30. *Ibid.*, p.70.

31. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *op. cit.* p.150. C'est nous qui soulignons.

aux dispositions des articles 155 et 9 de la Constitution de 1961 qui déterminent les limites à la révision constitutionnelle. Ainsi la question se concentre sur le point de savoir s'il est possible ou non à l'Assemblée nationale de ne pas s'y conformer. Et l'Assemblée nationale choisira entre les conduites de se conformer et de ne pas se conformer à ces limites, non pas en fonction de la formulation linguistique des dispositions constitutionnelles qui les prévoient, mais en considérant les réactions qu'elle peut déclencher de la part de ses partenaires, à savoir la Cour constitutionnelle turque.

Ainsi en Turquie, sous la Constitution de 1961, lorsque la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, adoptait une loi de révision constitutionnelle, elle devait prendre en considération la réaction, c'est-à-dire une éventuelle décision d'annulation, de la Cour constitutionnelle turque. Car, comme nous l'avons vu, cette Cour s'est considérée compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles et a annulé plusieurs lois constitutionnelles, pour cause, selon sa propre interprétation, de la non-conformité aux limites prévues dans les articles 155 et 9 de la Constitution de 1961. Dans ce cas, ces limites ont été sanctionnées par l'interprétation authentique de la Cour constitutionnelle.

Par contre, sous la Constitution de 1982, la liberté de la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, est plus large. Lorsqu'elle adopte une loi constitutionnelle, elle doit faire attention seulement aux trois conditions de forme : les majorités nécessaires à sa proposition et à son adoption et l'interdiction d'en débattre selon la procédure d'urgence. Car, la réaction, c'est-à-dire une éventuelle décision d'annulation de la Cour constitutionnelle turque, ne peut être effectuée que pour le non-respect de ces trois conditions. En effet, comme nous l'avons étudié, la Constitution de 1982 interdit expressément à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles sur d'autres points. D'ailleurs la Cour constitutionnelle elle aussi s'est déclarée incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles en dehors de ces trois conditions de forme. Alors, sous la Constitution de 1982, même si des limites matérielles sont plus nombreuses que celles de la Constitution de 1961, elles ne s'imposent pas obligatoirement à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, car la Cour constitutionnelle est incompétente pour contrôler la conformité des lois constitutionnelles à ces limites.

Alors selon la *conception juridique de la constitution*, le pouvoir de révision constitutionnelle, sous la Constitution de 1982, est plus limité que sous la Constitution de 1961. Car, les dispositions intangibles de la Constitution de 1982 sont plus nombreuses que celle de la Constitution de 1961. Cependant, ces dispositions sont privées de la force obligatoire, car la Cour constitutionnelle est incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles à l'égard de ces dispositions. Alors, puisque la Cour constitutionnelle ne peut pas montrer une réaction en dehors de trois conditions de forme mentionnées ci-dessus, le pouvoir de révision constitutionnelle peut ne pas prendre en considération ces limites matérielles.

Mais selon la *conception mécaniste*, la même conclusion doit être affirmée non seulement à l'égard de la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, mais aussi à l'égard de la Cour constitutionnelle, organe chargée de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Car, la Cour constitutionnelle, elle non plus, n'agit pas seule en fonction des dispositions constitutionnelles, mais en fonction d'un ensemble complexe de causes. Surtout, comme nous l'avons montré plus haut, la Cour constitutionnelle doit prendre en considération les réactions qu'elle peut déclencher de la part de ses partenaires, à savoir de la part du pouvoir de révision constitutionnelle. En effet, comme nous l'avons expliqué, comme réaction à l'interprétation large par la Cour constitutionnelle de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution de 1961, la Grande Assemblée nationale de Turquie, organe de révision constitutionnelle, par la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971, a interdit expressément à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. Egalement, comme réaction à l'interprétation de la Cour selon laquelle l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est une règle de forme, le pouvoir constituant originaire qui a fait la Constitution de 1982 a expressément défini limitativement en quoi consistaient les règles de forme. D'ailleurs le même pouvoir constituant a posé la règle selon laquelle la Cour constitutionnelle ne peut annuler une révision constitutionnelle qu'à la majorité des deux tiers de ses membres.

En conséquence, d'abord, la Grande Assemblée nationale de Turquie doit prendre en considération la réaction de la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle adopte une loi constitutionnelle, car cette loi constitutionnelle pourrait être annulée par la Cour constitutionnelle. Mais d'autre part, la Cour constitutionnelle, elle aussi, doit prendre en considération la réaction de la Grande Assemblée nationale de Turquie, lorsqu'elle contrôle la constitutionnalité de cette loi constitutionnelle, car l'Assemblée nationale, en adoptant une révision constitutionnelle, peut réduire sa compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

En conclusion, en Turquie, les différentes réglementations constitutionnelles et les différentes décisions de la Cour constitutionnelle confirment, d'une part, la théorie réaliste de l'interprétation, et d'autre part, la conception mécaniste de la constitution, en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 OBSERVATIONS COMPARATIVES

Nous venons de voir le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Allemagne, en Autriche, aux Etats-Unis, en France et en Turquie. Maintenant nous allons essayer de faire une comparaison entre ces pays sur les points suivants :

1. La réglementation constitutionnelle
2. La déclaration de compétence
3. La date de la première décision sur la validité d'une loi constitutionnelle
4. Le nombre des décisions
5. Le nombre des décisions d'annulation
6. L'étendue du contrôle (contrôle de forme / contrôle de fond)
7. Les règles de référence (celles inscrites ou celles non inscrites dans le texte de la Constitution)
8. L'interprétation large ou restrictive
9. Les comportements des organes de contrôle de la constitutionnalité : *judicial self restraint / judicial activism*
10. La réaction du pouvoir constituant
11. Le modèle du contrôle de la constitutionnalité : le modèle « décentralisé » et le modèle « centralisé »
12. L'existence du contrôle concret des normes (voie d'exception)
13. La possibilité de la saisine de la cour constitutionnelle par les individus : le recours constitutionnel
14. La difficulté de la saisine dans le contrôle abstrait des normes
15. Conclusion : dans quels pays, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est-il possible ?

1. La réglementation constitutionnelle

Notre premier point de comparaison consiste à savoir si dans le pays choisi, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution. Car, selon notre cadre théorique, la solution du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles peut être apportée par la constitution elle-même.

Parmi les pays étudiés, seule la Constitution turque régleme expressément le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. La Constitution de 1961 (avec la révision constitutionnelle de 1971) et la Constitution de 1982 contiennent des dispositions expresses sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Par contre les constitutions des autres pays étudiés ne contiennent aucune disposition expresse sur le contrôle de la constitutionnalité des *lois constitutionnelles*. Dans les constitutions de ces pays, l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité est habilité essentiellement à statuer sur la constitutionnalité des « lois »¹. En d'autres termes, les dispositions constitutionnelles qui déterminent la compétence de cet organe ne mentionnent pas spécialement les « lois constitutionnelles ».

2. La déclaration de compétence

Notre deuxième point de comparaison est de savoir si l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles. Car, selon notre cadre théorique, dans un système où le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé par la constitution, la solution de ce problème dépend de la jurisprudence de l'organe de contrôle de la constitutionnalité.

La Cour suprême des Etats-Unis, les Cours constitutionnelles allemande, autrichienne et turque se sont déjà déclarées compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Quant au Conseil constitutionnel français, il faut faire une distinction entre les lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum et les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement. En ce qui concerne les premières, le Conseil constitutionnel français s'est déjà déclaré incompétent pour se prononcer sur leur validité. Par contre concernant les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, le Conseil constitutionnel n'a pas jusqu'à ce jour eu l'occasion de se prononcer sur sa compétence.

3. La date de la première décision sur la validité d'une loi constitutionnelle

La première décision sur la validité d'une loi constitutionnelle vient de la Cour suprême des Etats-Unis. Cette Cour a examiné pour la première fois la régularité formelle d'un amendement constitutionnel en 1798 dans l'affaire *Hollingsworth v. Virginia*. Cette décision eut lieu cinq ans avant de fameuse décision *Marbury v.*

1. Comme on l'a noté plus haut (ce chapitre, Section 1, Sous-section 1), le contrôle de la constitutionnalité aux Etats-Unis est de type « décentralisé », c'est-à-dire que ce contrôle n'est pas exercé par un organe spécial. Cependant notre observation ci-dessus est valable à plus forte raison pour les Etats-Unis. Car, dans la Constitution de ce pays, il n'y a pas de dispositions expresses qui habilite un organe spécial à statuer sur la constitutionnalité des « lois ». Ce contrôle est établi par le célèbre arrêt *Marbury v. Madison* (1803).

Madison établissant le contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires. Ainsi, dans un sens, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles a une histoire plus ancienne que le contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires.

En revanche, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans les pays d'Europe est plus tardif. Parmi les pays européens étudiés, la première décision sur la validité d'une loi constitutionnelle vient de la Cour constitutionnelle autrichienne et date du 12 décembre 1952, la deuxième décision vient de la Cour constitutionnelle turque et date du 16 juin 1970. En effet, avant la Cour constitutionnelle turque, en 1962, une occasion de statuer sur la validité d'une loi constitutionnelle s'est présentée au Conseil constitutionnel français. Cependant le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la validité des lois [constitutionnelles] adoptées par le peuple à la suite d'un référendum.

L'avance de la Cour suprême des Etats-Unis peut s'expliquer probablement par le caractère « décentralisé » du système américain. En effet, dans un tel système, les requérants n'hésitent pas à invoquer les moyens tendant à montrer l'invalidité des amendements constitutionnels qui seront appliqués dans leur procès. Par exemple, en 1798, le requérant *Hollingsworth* a prétendu que l'onzième amendement qui s'appliquait dans son affaire n'était pas valide, parce qu'il n'avait pas été soumis au Président des Etats-Unis pour sa signature (approbation ou veto) comme le prévoit l'article 1^{er} de la Constitution. C'est ainsi que pour la première fois, la validité d'un amendement constitutionnel a été contrôlée.

Le retard des pays d'Europe peut s'expliquer également par les particularités du modèle européen du contrôle de la constitutionnalité. Mais avant même cela, il faut naturellement noter que le contrôle de la constitutionnalité des lois a été établi dans les pays d'Europe (en dehors de l'Autriche) après la Deuxième Guerre mondiale. Il faut également prendre en compte les raisons historiques, politiques et culturelles dans l'Europe continentale qui ne favorisent pas même le contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires². Nous n'allons pas étudier ici ces facteurs, car nous estimons qu'ils restent en dehors de notre travail.

4. Le nombre de décisions

Du point de vue de la quantité des décisions rendues sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles, le record appartient à la Cour constitutionnelle turque. Elle a rendu neuf décisions sur la validité des lois constitutionnelles (huit sous la Constitution de 1961 et une sous la Constitution de 1982). La Cour constitutionnelle turque est suivie par la Cour suprême des Etats-Unis. Elle a rendu huit décisions. Alors que la Cour constitutionnelle autrichienne en a rendu trois, et la Cour constitutionnelle allemande deux (Elle vient d'être saisie de la révision constitutionnelle de 1993 sur le droit d'asile).

2. Pour ces conditions voir Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p.6-16.

Sans doute le nombre absolu des décisions ne signifie pas grande chose. Il faut au moins prendre en compte la période étudiée. La Cour constitutionnelle turque a rendu neuf décisions pendant 34 ans (taux moyen annuel : 0,26 décision/an). Alors que la Cour suprême des Etats-Unis a rendu 8 décisions pendant 205 ans (taux moyen annuel : 0,039 décision/an). La Cour constitutionnelle allemande 2 décisions pendant 46 ans (taux moyen annuel : 0,043 décision/an). Mais le taux moyen annuel lui-même est trompeur, car il dépend de la fréquence des révisions constitutionnelles³. S'il y a plus de révisions constitutionnelles, il y a plus de possibilité de décisions. En effet, le nombre d'occasions qui se présentent à la cour constitutionnelle de statuer sur une loi constitutionnelle dépendrait du nombre de révisions constitutionnelles. Par conséquent, on peut attendre une relation positive entre le nombre de révisions constitutionnelles et celui de décisions de la cour constitutionnelle sur les lois constitutionnelles. Cependant cette relation n'est pas confirmée dans nos pays étudiés. Par exemple, aux Etats-Unis, les amendements à la Constitution fédérale sont relativement rares : il n'y a eu que 27⁴ amendements pendant 205 ans (le nombre de décisions : 8). En Autriche, la Constitution a été révisée 670 fois depuis 1945⁵, alors qu'il y a eu trois décisions sur les lois constitutionnelles. En Allemagne, il y a eu plus de 40 révisions constitutionnelles depuis 1949⁶ (le nombre de décisions : 2). Quant au cas de la Turquie, la Constitution de 1961 a été révisée cinq fois, alors que sous cette Constitution, la Cour constitutionnelle turque a rendu huit décisions sur la validité des lois constitutionnelles.

Tout au moins, on peut affirmer que s'il n'y a pas de révision constitutionnelle, il n'y aura pas de décision de la cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

5. Le nombre des décisions d'annulation

Même si la Cour suprême des Etats-Unis et les Cours constitutionnelles allemande et autrichienne ont déjà contrôlé la constitutionnalité des lois constitutionnelles, elles n'ont jamais jusqu'à ce jour prononcé l'annulation d'une loi constitutionnelle. La Cour constitutionnelle turque est la seule cour constitutionnelle qui a annulé une loi constitutionnelle. Pour la première fois, elle a prononcé l'annulation de la loi constitutionnelle du 6 novembre 1969 par sa décision du 16 juin 1970. Elle

3. A ce propos voir l'étude de Donald S. Lutz, « Toward a Theory of Constitutional Amendment », *American Political Science Review*, vol. 88, n° 2, juin 1994, p.356-370. Le professeur Lutz examine la question de la difficulté de la révision constitutionnelle dans les 32 pays choisis. Il donne le taux (nombre moyen par an) et l'index de difficulté des révisions constitutionnelles dans ces pays. Aux Etats-Unis (1789-1992), le taux d'amendement est de 0,13 et l'index de difficulté est de 5,10 ; en Allemagne (1949-1992) le taux de révision constitutionnelle est de 2,91, l'index de difficulté est de 1,60 ; en Autriche (1975-1992) le taux de révision constitutionnelle est de 6,30, l'index de difficulté est de 0,80 ; en France (1968-1992) le taux de révision constitutionnelle est de 0,19, l'index de difficulté est de 2,50 (*Ibid.*, p.369, Table C-1).

4. Le 27^e amendement a été ratifié le 7 mai 1992 (Toinet, *op. cit.*, p.609-610.)

5. Pfersmann, « La révision constitutionnelle... », *op. cit.*, p.29.

6. *Ibid.*

a également annulé certaines dispositions de différentes lois constitutionnelles dans ces quatre décisions suivantes : les décisions des 15 avril 1975, 12 octobre 1976, 27 janvier 1977, 27 septembre 1977. L'audace de cette Cour constitutionnelle peut s'expliquer probablement par son *judicial activism*⁷.

6. L'étendue du contrôle (contrôle de forme / contrôle de fond)

Notre sixième point de comparaison consiste à déterminer l'étendue du contrôle de la constitutionnalité exercé sur les lois constitutionnelles. En d'autres termes, l'organe de contrôle se considère-t-il comme compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles non seulement du point de vue de leur régularité formelle, mais aussi de leur contenu ?

Le contrôle exercé par la Cour suprême des Etats-Unis a une étendue la plus restreinte. La Cour suprême contrôle seulement la régularité formelle des amendements constitutionnels. Elle n'a jamais exprimé une quelconque opinion favorable à un contrôle de fond des amendements constitutionnels.

La Cour constitutionnelle allemande se déclare compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que leur contenu.

La Cour constitutionnelle autrichienne n'exerce qu'un contrôle de forme sur les lois constitutionnelles. Cependant en ce qui concerne les lois constitutionnelles adoptées sous forme de *révision partielle*, c'est-à-dire sans référendum, le contrôle de forme de la Cour constitutionnelle autrichienne implique en réalité un contrôle de fond de ces lois, car cette Cour a défini la *révision totale* comme un « changement de telle nature que l'un des principes directeurs de la Constitution en est affecté ».

Quant à la Cour constitutionnelle turque, avant 1971, elle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu. Après la révision constitutionnelle du 20 septembre 1971 qui interdisait expressément à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles, la Cour constitutionnelle s'est déclarée formellement incompétente pour contrôler la constitutionnalité quant au fond des lois constitutionnelles. Cependant elle a défini le contrôle de la constitutionnalité quant à la forme d'une façon très extensive. Par conséquent en réalité elle a continué à contrôler la constitutionnalité tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu. Enfin la Constitution de 1982, non seulement, a interdit à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité matérielle des lois constitutionnelles, mais aussi a défini expressément en quoi consiste un contrôle de forme des lois constitutionnelles. Par conséquent sous cette Constitution, la Cour constitutionnelle n'a plus contrôlé le contenu des lois constitutionnelles.

7. Voir le point de comparaison n° 9 (*Infra*, p.702-704).

Comme on le voit, même si dans les pays européens, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est apparu plus tard qu'aux Etats-Unis, les cours constitutionnelles européennes sont plus audacieuses que la Cour suprême des Etats-Unis quant à l'étendue du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Car, une fois qu'elles se sont déclarées compétentes pour se prononcer sur les lois constitutionnelles, elles se reconnaissent la compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, non seulement du point de vue de leur régularité formelle, mais aussi du point de vue de leur contenu.

7. Les règles de référence : celles inscrites ou celles non inscrites dans le texte de la constitution

Le septième point de comparaison consiste à savoir si l'organe de contrôle fait référence non seulement aux règles inscrites, mais aussi à celles non inscrites dans le texte constitutionnel dans l'exercice de leur contrôle sur les lois constitutionnelles.

La Cour suprême des Etats-Unis n'a jamais fait référence aux règles ou principes qui ne sont pas inscrits dans le texte de Constitution. Elle a examiné la conformité des amendements constitutionnels seulement aux dispositions de l'article 5 de la Constitution.

La Cour constitutionnelle allemande, dans sa décision du 23 avril 1991, a fait référence aux « postulats fondamentaux de la justice ». Or ces postulats ne figurent pas dans le texte de la Loi fondamentale.

La Cour constitutionnelle autrichienne a considéré le principe démocratique, le principe de l'Etat de droit, certains autres principes comme intangibles à l'égard des lois constitutionnelles sous forme de révision partielle. Or, dans la Constitution autrichienne il n'y a aucune limite matérielle à la révision constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle turque, sous la Constitution de 1961, dans sa décision du 3 avril 1971, a fait référence aux « nécessités de la civilisation contemporaine », à l'« esprit de la Constitution », à la « cohérence et à la systématique de l'ordre constitutionnel ». Alors que la Constitution de 1961 déclarait que seule la forme républicaine de l'Etat est intangible.

Alors, on peut encore constater que même si en Europe, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est apparu plus tard, une fois que les Cours constitutionnelles européennes se sont déclarées compétentes, elles sont allées trop loin dans la détermination des règles de référence. Elles ont fait référence non seulement aux limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel, mais aussi aux notions ou aux principes qui ne figurent pas du tout dans la constitution, comme « postulats fondamentaux de la justice » (Cour constitutionnelle allemande), aux « nécessités de la civilisation contemporaine » (Cour constitutionnelle turque).

La référence à ces principes ou notions est tout à fait critiquable. Car, le pouvoir de révision constitutionnelle est soumis aux limites prévues par le pouvoir constituant originaire, et non pas aux limitations envisagées par la cour constitutionnelle qui est elle-même un organe constitué. Si une cour constitutionnelle contrôlait la conformité des lois constitutionnelles aux principes non inscrites dans le texte constitutionnel, elle deviendrait le véritable créateur des limites à la révision constitutionnelle, c'est-à-dire le véritable pouvoir constituant originaire.

8. L'interprétation large ou restrictive

Notre huitième point de comparaison consiste à déterminer le caractère « large » ou « restrictif » des interprétations données aux règles de référence par les organes de contrôle.

La Cour suprême des Etats-Unis interprète restrictivement les normes de référence inscrites dans le texte constitutionnel, c'est-à-dire les dispositions de l'article 5 de la Constitution. Elle remplit les lacunes de l'article 5 toujours par les interprétations en faveur du Congrès. En d'autres termes, en cas d'un problème de l'application de l'article 5, elle choisit toujours une solution favorisant les pouvoirs du Congrès. Par exemple, elle a dit que le choix de la méthode pour la ratification de l'amendement proposé (par les législatures ou par les conventions) appartient exclusivement à l'appréciation du Congrès. De même, la Cour suprême a affirmé que le pouvoir de fixer un délai de ratification, ainsi que l'appréciation du caractère raisonnable de ce délai appartient exclusivement au Congrès. De plus dans l'affaire *Coleman v. Miller*, la Cour suprême a considéré les questions qui lui ont été posées comme politiques, et par conséquent comme appartenant à l'appréciation du Congrès et non pas à elle. Ainsi la Cour applique sa doctrine des *political questions* et du *judicial self restraint* en matière du contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels⁸.

La Cour constitutionnelle allemande, dans sa décision du 15 décembre 1970, a fait une interprétation restrictive des règles de référence, c'est-à-dire les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 79 de la Loi fondamentale. Par contre dans sa décision du 23 avril 1991, la Cour a donné une interprétation plus extensive aux limitations matérielles prévues par l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale. Elle a inclus dans le domaine non révisable le principe de l'Etat de droit et le principe d'égalité qui ne sont pas expressément mentionnés dans les articles 1 et 20 auxquelles fait référence l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale.

La Cour constitutionnelle turque, sous la Constitution de 1961, a interprété très extensivement la seule limite matérielle qui existait dans le texte de la Constitu-

8. Pour une critique de la jurisprudence *Coleman v. Miller* à cet égard, voir Dellinger, « The Legitimacy of Constitutional Change », *op. cit.*, p.386-432. Par contre pour la défense de cette jurisprudence voir Laurence H. Tribe, « A Constitution We Are Amending : In Defence of a Restrained Judicial Role », *Harvard Law Review*, vol.97, 1983, p.433-444. Pour la réponse du professeur Dellinger au professeur Tribe, voir Walter Dellinger, « Constitutional Politics : A Rejoinder », *Harvard Law Review*, Vol. 97, 1983, p.446-450.

tion de 1961 : l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat. Selon elle, le principe d'intangibilité ne protège pas seulement la « république », mais aussi les caractéristiques de cette république exprimées dans l'article 2 de la Constitution. Ainsi elle a inclus dans le domaine non révisable le principe de l'Etat de droit, le principe d'Etat démocratique, le principe d'Etat social, le principe d'Etat laïque, et le principe d'Etat basé sur les droits de l'homme.

L'interprétation extensive des principes intangibles inscrits dans le texte constitutionnel par les Cours constitutionnelles allemande et turque n'est pas fondée. Car, les principes intangibles prévus expressément dans le texte constitutionnel constituent des exceptions à la règle générale qui est la révisabilité de toutes les dispositions constitutionnelles. Par leur interprétation extensive, la Cour constitutionnelle allemande et la Cour constitutionnelle turque ont inclus dans le domaine non révisable les principes qui ne sont pas prévus comme intangibles par le pouvoir constituant originaire.

L'interprétation extensive des règles de référence inscrites dans le texte constitutionnel par les cours constitutionnelles européennes elle aussi confirme notre observation ci-dessus, selon laquelle les cours constitutionnelles européennes sont plus audacieuses que la Cour suprême des Etats-Unis. A notre avis, cette attitude des cours européennes aussi est tout à fait critiquable. Car, le pouvoir de révision constitutionnelle est limité par les principes intangibles prévus expressément par le pouvoir constituant originaire. Si une cour constitutionnelle contrôle aussi la conformité des lois constitutionnelles aux principes autres que ceux-ci, elle spolie une compétence qui ne lui est pas attribuée. Elle devient ainsi un véritable pouvoir constituant originaire.

Nous déterminons ici le caractère large ou restrictif des interprétations données par les cours constitutionnelles aux règles de référence dans un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision du 6 novembre 1962, s'est déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, c'est pourquoi pour le Conseil constitutionnel français, cette question ne se pose pas. Cependant on peut noter que le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent dans cette décision précitée en interprétant *restrictivement* l'alinéa 2 de l'article 61 de la Constitution française qui déterminent la compétence du Conseil.

9. Les attitudes générales des juges constitutionnels : *judicial self restraint* / *judicial activism*

Le neuvième point de comparaison consiste à déterminer les attitudes générales des organes du contrôle à l'égard du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. A cet égard, un *judicial self restraint* donne plus de liberté au

pouvoir de révision constitutionnelle, alors que un *judicial activism* limite l'exercice de ce pouvoir⁹.

La déclaration de compétence d'une cour constitutionnelle pour se prononcer sur les lois constitutionnelles est un facteur important pour la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle. Alors si une cour se déclare incompétente pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, on peut considérer son attitude comme un *judicial self restraint*. L'exemple qui illustre cette hypothèse est fourni par le Conseil constitutionnel français. Il s'est déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum.

La déclaration de compétence est un facteur important, mais non décisif pour la limitation efficace du pouvoir de révision constitutionnelle. Car, tout en se déclarant compétente, une cour constitutionnelle peut s'abstenir de prononcer une décision d'annulation. C'est le cas des juges constitutionnels allemand, autrichien et américain. Même s'ils se sont déclarés compétents pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ils n'ont jamais prononcé une décision d'annulation. Alors les attitudes des juges constitutionnels allemand, autrichien et américain ne peuvent pas être considérées comme un *judicial activism*.

A cet égard, la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis est typique. Elle illustre parfaitement une politique de *judicial self restraint* en matière de contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels. Comme on l'a expliqué, cette Cour, d'une part, ne contrôle que la régularité formelle des amendements constitutionnels ; d'autre part, elle ne fait jamais référence aux règles autres que celles inscrites dans le texte constitutionnel. D'ailleurs, elle interprète très restrictivement les dispositions de cet article. Elle considère certaines questions surgies de l'application de l'article 5 comme des *political questions*, c'est-à-dire des questions échappant à sa compétence.

Cependant, la détermination des attitudes des Cours constitutionnelles allemande et autrichienne n'est pas simple. Il est vrai qu'elles n'ont jamais prononcé une décision d'annulation en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Néanmoins, leur jurisprudence est loin d'un *judicial self restraint*. Car, la Cour constitutionnelle allemande, d'une part, a interprété très largement les limites matérielles à la révision constitutionnelle (art. 79, al. 3) et d'autre part elle a fait référence aux principes qui ne figurent pas dans le texte constitution-

9. Comment peut-on définir une politique de *judicial activism* ? Sans entrer dans le débat doctrinal, nous allons la définir à partir des éléments que nous venons d'utiliser. Ces éléments sont les suivants (avec les numéros des intitulés ci-dessus) : « 2. La déclaration de compétence », « 5. Le nombre des décisions d'annulation », « 6. L'étendue du contrôle », « 7. La référence aux principes non-inscrits dans le texte constitutionnel », « 8. L'interprétation extensive ». Ainsi notre neuvième point de comparaison est constitué à partir de certains des autres points de comparaison.

Notons que nous cherchons la présence cumulative de ces éléments pour dire que la cour constitutionnelle en question applique un *judicial activism*. En d'autres termes, si la jurisprudence d'une cour constitutionnelle ne remplit pas une de ces conditions, elle ne peut être qualifiée de *judicial activism*. De même nous cherchons l'inexistence cumulative de ces conditions pour considérer comme *judicial self restraint* la jurisprudence d'une cour constitutionnelle.

nel. Quant à la Cour constitutionnelle autrichienne, elle a défini la « révision totale » de la Constitution par le critère matériel et ainsi elle a rendu intangibles les « principes directeurs de la Constitution » à l'égard des lois constitutionnelles sous forme de révision constitutionnelle partielle, alors que la Constitution autrichienne ne contient aucune limite matérielle. Alors, la jurisprudence des Cours constitutionnelles allemande et autrichienne ne peut être considérée ni comme étant un *judicial self restraint*, car elles n'ont jamais prononcé une décision d'annulation, ni comme un *judicial activism*, car elles sont trop audacieuses dans leurs interprétations et dans leurs références. C'est pourquoi, nous ne donnerons pas de réponse dans le tableau récapitulatif sur ce point concernant l'Allemagne et l'Autriche.

Parmi les pays étudiés, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque sous la Constitution de 1961 illustre parfaitement la politique du *judicial activism*. Comme on l'a vu, cette Cour a prononcé une décision d'annulation dès sa première occasion de statuer sur une loi constitutionnelle, et ceci seulement neuf ans après sa fondation. Elle a prononcé également quatre autres décisions d'annulation entre le 15 avril 1975 et le 27 septembre 1977. Sous la Constitution de 1961, sur huit décisions rendues sur la validité des lois constitutionnelles, cinq étaient des décisions d'annulation. D'ailleurs, cette Cour a fait référence non seulement aux limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel, mais aussi aux quelques principes qui ne trouvent pas leur source dans le texte constitutionnel. De même, cette Cour, a donné une interprétation très extensive à la seule limite matérielle qui existe dans le texte de la Constitution de 1961. Cette attitude de la Cour constitutionnelle turque montre son *judicial activism*.

Cependant, la Cour constitutionnelle turque sous la Constitution de 1982 a renoncé à son *judicial activism* en matière de son contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Dans la seule décision rendue sous cette Constitution, elle a déclaré irrecevable la demande en annulation qui nécessitait un contrôle de fond de la loi constitutionnelle pour lequel la compétence de la Cour constitutionnelle a été exclue expressément par la Constitution. Néanmoins, à partir de cette décision, on ne peut pas affirmer que la Cour constitutionnelle turque a suivi une politique de *judicial self restraint* en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles sous la Constitution de 1982. En effet, elle n'a affirmé que son incompetence de contrôle de fond qui résultait de la Constitution. Elle n'est pas allée plus loin dans la restriction de ses compétences. C'est pourquoi, nous ne donnerons pas de réponse sur ce point concernant la Cour constitutionnelle turque sous la Constitution de 1982 dans le tableau récapitulatif.

En résumé sur ce point, la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et celle du Conseil constitutionnel français illustrent une attitude de *judicial self restraint* et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque sous la Constitution de 1961 une attitude de *judicial activism* en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Par contre la jurisprudence des Cours constitutionnelles allemande, autrichienne et turque (sous la Constitution de 1982) ne peut être qualifiée ni de *judicial self restraint*, ni de *judicial activism*.

10. La réaction du pouvoir de révision constitutionnelle

Le dixième point de comparaison consiste à savoir si le pouvoir constituant a réagi contre la décision de l'organe de contrôle sur la validité des lois constitutionnelles.

Un organe chargé du contrôle de la constitutionnalité n'est pas à l'abri de réactions de la part du pouvoir de révision constitutionnelle, et à plus forte raison, du pouvoir constituant originaire. Le pouvoir de révision en modifiant la constitution, peut exclure la compétence de la cour constitutionnelle à l'encontre des lois constitutionnelles.

Parmi les pays étudiés, une telle réaction s'est produite seulement en Turquie. En 1971, le pouvoir de révision constitutionnelle a exclu expressément la compétence de la Cour constitutionnelle à contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant au fond. C'était une réaction aux décisions de la Cour constitutionnelle. Egaleme nt le pouvoir constituant originaire de 1982, lui aussi a réagi contre l'interprétation extensive par la Cour constitutionnelle des règles de référence de forme en définissant expressément en quoi consiste le contrôle de forme des lois constitutionnelles. D'ailleurs le pouvoir constituant originaire de 1982 a prévu quelques règles de procédure dans le même sens.

Dans d'autres pays, il n'y a pas eu de réaction du pouvoir de révision constitutionnelle ni du pouvoir constituant originaire à l'égard des décisions de l'organe de contrôle de constitutionnalité sur les lois constitutionnelles. En effet, puisque ces cours n'ont jamais prononcé de décision d'annulation des lois constitutionnelles, il n'y a pas de raison effective à une telle réaction.

* * *

Nous avons vu plus haut le nombre des décisions sur la validité des lois constitutionnelles. La quantité de ces décisions pourraient s'expliquer probablement par plusieurs facteurs, comme le modèle de la justice constitutionnelle, comme l'existence de la voie d'exception, comme la difficulté de la saisine parlementaire etc. C'est pourquoi, il convient de voir brièvement les facteurs favorisant ou défavorisant la production des décisions sur la validité des lois constitutionnelles.

11. Le modèle du contrôle de la constitutionnalité : le modèle « décentralisé » et le modèle « centralisé »

Parmi les pays étudiés, seul les Etats-Unis ont un modèle « décentralisé » du contrôle de la constitutionnalité, les autres pays ont un modèle « centralisé ».

Comme le montre l'exemple américain, le modèle « décentralisé » du contrôle de la constitutionnalité est susceptible de produire plusieurs litiges dans lesquels la question de la validité d'une révision constitutionnelle peut se poser aux tribunaux. Dans ce modèle, on peut estimer que les requérants n'hésiteront pas à invoquer les

moyens tendant à prouver l'invalidité des lois constitutionnelles qui s'appliquent dans leur affaires. Par exemple, aux Etats-Unis, le dix-huitième amendement, à lui seul, a suscité quatre décisions de la Cour suprême sur la validité cet amendement.

Quant au modèle « centralisé », il faut prendre en compte la difficulté/facilité de déclencher un tel contrôle. A cet égard, deux facteurs sont importants : l'existence du contrôle concret des normes (voie d'exception) et le nombre des titulaires du droit de saisine dans le contrôle abstrait des normes (voie d'action).

12. L'existence du contrôle concret des normes (voie d'exception)

Parmi les pays étudiés, en Allemagne et en Autriche et en Turquie (sous la Constitution de 1961), le contrôle concret des normes est possible. Par contre en France, un tel contrôle n'existe pas.

On peut penser que dans les pays où il y a un tel contrôle, la cour constitutionnelle peut avoir plus d'occasion de statuer sur une loi constitutionnelle que dans un pays où il n'y en a pas. Par exemple, en Turquie, sous la Constitution de 1961, s'il n'avait pas existé de contrôle concret des normes (voie d'exception), sur huit décisions relatives aux lois constitutionnelles, cinq n'auraient pas été rendues. Probablement pour cette raison, la Constitution de 1982 a exclu la voie d'exception à l'encontre des lois constitutionnelles.

13. La possibilité de saisine de la cour constitutionnelle par les individus : le recours constitutionnel

Parmi les pays étudiés, la possibilité de saisine de la cour constitutionnelle par les individus existe seulement en Allemagne (*Verfassusbeschwerde*)¹⁰ et depuis 1975 en Autriche¹¹. Même si la saisine par les individus est soumise aux conditions particulières¹², on peut penser que la possibilité d'une telle saisine multiplie les chances de voir le contentieux de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Effectivement, en Allemagne, la décision du 15 décembre 1970¹³ et la décision du 23 avril 1991 ont été rendues à la suite de recours constitutionnels à l'initiative des individus.

14. La difficulté de la saisine dans la voie d'action

Quant au contrôle abstrait des normes (voie d'action), dans l'explication du nombre des décisions sur les lois constitutionnelles, il faut prendre en compte la difficulté de la saisine de la cour constitutionnelle. En effet si la saisine de la cour

10. Béguin, *op. cit.*, p.105 et s.

11. Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.300 et s.

12. Pour l'Allemagne voir Béguin, *op. cit.*, p.123-155 et pour Autriche, Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.306-318.

13. Egalement par la saisine du gouvernement de Land de Hesse.

constitutionnelle était plus facile, la cour constitutionnelle aurait plus d'occasions de statuer sur les lois constitutionnelles. La facilité de la saisine dépend du nombre des titulaires du droit de saisine, ainsi que de leur appartenance à différentes tendances politiques.

A cet égard, en Allemagne, la saisine de la Cour constitutionnelle dans le contrôle abstrait des normes est difficile. En effet ce contrôle peut être déclenché sur demande du gouvernement fédéral, d'un gouvernement de Länder, ou d'un tiers des membres du Bundestag¹⁴. Le gouvernement fédéral et la plupart des gouvernements des Länder seraient naturellement de la majorité qui a voté la loi constitutionnelle. C'est pourquoi, ils ne saisiront pas la Cour constitutionnelle à l'encontre d'une loi constitutionnelle que leur majorité a votée. D'autre part, puisque la Constitution ne peut être révisée qu'à la majorité des deux tiers du Bundestag, la saisine parlementaire (un tiers du Bundestag) est par hypothèse même inopérante pour déclencher le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles¹⁵.

En Autriche aussi la saisine de la Cour constitutionnelle par les parlementaires peut être considérée comme difficile, car pour la saisine de la Cour constitutionnelle, un tiers des députés du Conseil national est nécessaire¹⁶.

Quant à la Cour constitutionnelle turque, sous la Constitution de 1961, la saisine de la Cour constitutionnelle par voie d'action était facile. Les titulaires du droit de saisine étaient les suivants : le président de la République, les partis politiques ayant obtenu au moins dix pour-cent des voix dans les dernières élections, les partis politiques représentés dans la Grande Assemblée nationale, un sixième des membres de chaque assemblée. Alors que dans la Constitution de 1982, une telle saisine est relativement difficile. Les titulaires du droit de saisine en ce qui concerne les lois constitutionnelles sont limités au président de la République et à un cinquième des membres de la Grande Assemblée nationale (= 90 députés). Signalons que les deux premières décisions de la Cour constitutionnelle turque ont été rendues à la suite de saisines effectuées par le Parti travailliste de Turquie en tant que Parti représenté dans l'Assemblée nationale, alors que ce Parti n'avait qu'une dizaine de députés. Une telle saisine n'est pas possible sous la Constitution de 1982.

En France, les titulaires du droit de saisine sont les suivants : le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le prési-

14. Art. 93 de la Loi fondamentale allemande.

15. Pour la difficulté relative de la saisine de la Cour constitutionnelle dans la voie du contrôle abstrait des normes voir Béguin, *op. cit.*, p.64-66. Il note que « la procédure du contrôle abstrait des normes a été utilisée avec modération puisqu'on dénombre 63 saisines entre 1951 et 1975 » (*Ibid.*, p.66).

16. Article 140 de la Constitution autrichienne. La saisine parlementaire est possible depuis la révision constitutionnelle de 1975 (Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.272). Le total des sièges au Conseil national étant de 183, la Cour constitutionnelle ne peut être saisie que par 61 députés au moins. Suite aux élections législatives du 7 octobre 1990, un seul parti (qui est d'ailleurs au gouvernement) disposait d'une telle majorité. Il semblerait que 3 recours seulement aient été effectués par un tiers des membres du Conseil national entre 1976 et 1989 (Peyrou-Pistouley, *op. cit.*, p.274-275).

dent du Sénat, depuis 1974, soixante députés ou soixante sénateurs. Nous considérerons la saisine du Conseil constitutionnel comme difficile avant 1974 et facile après cette date. La décision du 6 novembre du 1962 est rendue à la suite de la saisine du président du Sénat. On peut estimer qu'à cette époque, si la saisine parlementaire avait été possible, le Conseil aurait pu être saisi encore par les soixante députés ou soixante sénateurs. Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi jusqu'ici à l'encontre d'une loi constitutionnelle votée par le Congrès du Parlement. Une saisine du Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 (votée par le Congrès du Parlement) a failli se produire en juin 1992 (sur l'initiative de M. Mazeaud et des députés R.P.R.)¹⁷.

En partant de ces exemples on peut constater que la facilité de la saisine de la cour constitutionnelle est un facteur favorisant dans la production du contentieux constitutionnel sur les lois constitutionnelles.

15. Conclusion : le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est-il possible ?

Il convient de terminer ces observations comparatives en déterminant dans quels pays le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible.

Parmi les pays étudiés, la Turquie occupe une place à part. Car, seule la Constitution turque régit expressément le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. La Constitution de 1961 (après la révision constitutionnelle de 1971) et la Constitution de 1982 contiennent des dispositions expresses sur le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Ainsi le cas de la Turquie, à partir de la révision constitutionnelle de 1971, illustre un des modèles que nous avons envisagés dans le cadre théorique : celui dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution¹⁸. Selon la conclusion du cadre théorique, dans un tel système le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle. Selon la réglementation constitutionnelle turque, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme est possible, mais quant au fond ce contrôle est impossible.

Par contre les constitutions des autres pays étudiés ne contiennent aucune disposition expresse sur le contrôle de la constitutionnalité des *lois constitutionnelles*. Dans les constitutions de ces pays, la cour constitutionnelle est habilitée essentiellement à statuer sur la constitutionnalité des « lois »¹⁹. En d'autres

17. Favreau et Philip, *op. cit.*, 7^e éd., p.187.

18. *Supra*, ce titre, Chapitre 1, § 1.

19. Pour la particularité des Etats-Unis, voir *supra*, note 1.

termes, les dispositions constitutionnelles qui déterminent la compétence de la cour constitutionnelle ne mentionnent pas spécialement les « lois constitutionnelles ». Alors tous les autres pays étudiés illustrent le deuxième modèle envisagé dans la cadre théorique : celui dans lequel le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas expressément réglementé par la constitution²⁰.

Selon les conclusions du cadre théorique, dans un tel modèle, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible si l'organe chargé de contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles. Par contre si cet organe s'est déjà déclaré incompétent pour statuer sur les lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible. Enfin, si cet organe ne s'est pas encore prononcé sur ce point, la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ne se pose pas du point de vue du droit positif.

Nous avons vu qu'aux Etats-Unis, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme est possible, car la Cour suprême a déjà contrôlé la régularité formelle des amendements constitutionnels.

En Allemagne et en Autriche le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible car, les cours constitutionnelles de ces pays se sont déjà déclarées compétentes pour statuer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu.

Quant à la France, il faut faire une distinction entre les lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum et les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement. En ce qui concerne les premières, le contrôle de la constitutionnalité est impossible, car le Conseil constitutionnel français s'est déjà déclaré incompétent pour se prononcer sur leur validité. Par contre concernant les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, du point de vue du droit positif, la question de leur contrôle ne se pose pas encore, car le Conseil constitutionnel n'a pas été invité encore à statuer sur une telle loi.

* * *

Pour illustrer de façon synthétique l'ensemble des observations comparatives ci-dessus, nous proposons ici un tableau récapitulatif. On peut trouver dans ce tableau, la situation dans les pays étudiés (l'Allemagne, l'Autriche, les Etats-Unis, la France et la Turquie) sur 15 points de comparaison que l'on vient de voir. Pour la Turquie, nous avons réservé deux colonnes, car la situation sous la Constitution de

20. *Supra*, ce titre, Chapitre 1, § 2.

1961 et celle sous la Constitution de 1982 sont totalement différentes. Les données pour la France ne concernent que les lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum.

Tableau récapitulatif : Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans les pays étudiés

	Allemagne	Autriche	Etats-Unis	France ¹	Turquie (1961)	Turquie (1982)
1. Réglementation constitutionnelle	Non	Non	Non	Non	Oui ²	Oui
2. Déclaration de compétence	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
3. Date de la première décision	15.12.1970	12.12.1952	1798	6.11.1962 ³	16.6.1970	18.6.1987
4. Nombre des décisions sur les lois constitutionnelle	2	3	8	1 ³	8	1
5. Nombre des décisions d'annulation	0	0	0	0	5	0
6. Etendue du contrôle (Contrôle de forme / Contrôle de fond)	Forme+Fond	Forme+Fond	Forme	—	Forme+Fond	Forme
7. Référence aux principes non inscrits dans la constitution	Oui	Oui	Non	—	Oui	Non
8. Interprétation de la Cour (Extensive / Restrictive)	Restrictive(1970) Extensive(1991)	Extensive	Restrictive	Restrictive	Extensive	Restrictive
9. Politique de la Cour (<i>Judicial self restraint / Judicial activism</i>)	—	—	<i>Judicial self restraint</i>	—	<i>Judicial activism</i>	—
10. Réaction du pouvoir de révision	Non	Non	Non	Non	Oui	Non
11. Modèle de la justice constitutionnelle (centralisé / décentralisé)	Centralisé	Centralisé	Décentralisé	Centralisé	Centralisé	Centralisé
12. Existence de la voie d'exception	Oui	Oui	—	Non	Oui	Non
13. Possibilité de saisine par les individus	Oui	Oui	—	Non	Non	Non
14. La difficulté de la saisine dans la voie d'action	Difficile	Difficile	—	Difficile(av.74) Facile (ap.74)	Facile	Difficile
15. Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est-il possible ?	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui

Légende : « — » La question ne se pose pas ou il n'y a pas de réponse claire à la question posée.

Notes : 1 Seulement pour les lois constitutionnelles référendaires.

2 Après 1971.

3 Décision d'incompétence. (© Kemal Gözler, Le pouvoir de révision constitutionnelle, P.U. Septentrion, 1997 (www.anayasa.gen.tr/pcr.htm).

[Page laissée intentionnellement vide]

CONCLUSION GENERALE

Le *pouvoir constituant* est le pouvoir de faire la constitution. Les *pouvoirs constitués* sont les pouvoirs créés par cette constitution.

On distingue en général deux types de pouvoir constituant : le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Cependant, il n'y a pas d'unanimité dans la doctrine constitutionnelle sur le critère de cette distinction. Certains auteurs proposent un critère formel, d'autres un critère matériel. Nous avons constaté que c'est le critère formel défendu par Carré de Malberg, Georges Burdeau (dans sa thèse de doctorat) et Roger Bonnard qui est consacré par le droit positif français et que le critère matériel défendu par Carl Schmitt et Olivier Beaud a été catégoriquement démenti par la pratique et la jurisprudence constitutionnelle française.

Et selon le critère formel, le pouvoir constituant originaire se définit comme le pouvoir d'établir une constitution en dehors du cadre constitutionnel et le pouvoir constituant dérivé comme le pouvoir de réviser une constitution déjà en vigueur suivant les règles fixées par celle-ci à cet effet. Suivant le critère formel, nous avons redéfini le *pouvoir constituant originaire* comme le pouvoir d'édicter une norme ou des normes constitutionnelles en dehors du cadre constitutionnel et le *pouvoir constituant dérivé* comme le pouvoir d'édicter une norme ou des normes constitutionnelles suivant les règles prévues par la constitution à cet effet. Le premier est un pouvoir de fait, par conséquent son titulaire et ses formes se déterminent par les circonstances de force ; alors que le second est un pouvoir juridique, par conséquent son titulaire et ses formes sont déterminés par la constitution. Pour écarter toute confusion avec le pouvoir constituant originaire, le pouvoir constituant dérivé est appelé dans notre travail le « pouvoir de révision constitutionnelle », alors que l'appellation du « pouvoir constituant originaire » est maintenue.

En ce qui concerne *la situation du pouvoir de révision constitutionnelle vis-à-vis du pouvoir constituant originaire*, on peut conclure que ce pouvoir, du point de vue de *son organisation, et de sa source*, est *inférieur* au pouvoir constituant originaire, car il en dérive. Mais du point de vue de *sa fonction*, le pouvoir de révision constitutionnelle est *l'équivalent* du pouvoir constituant originaire, car il peut réviser la constitution qui est établie par le pouvoir constituant originaire.

Ainsi le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle diffèrent par leur *organisation*, par leur *source*, mais s'unifient par leur *fonction*. Par conséquent il faut les examiner séparément lorsqu'il s'agit de leur organisation, mais ensemble lorsqu'il s'agit de leur fonction. En d'autres termes, il existe un organe constituant originaire *et* un organe de révision constitutionnelle, mais il n'y a *qu'une* fonction constituante.

Quant à *la situation du pouvoir de révision constitutionnelle à l'égard des autres pouvoirs constitués*, on peut affirmer que le pouvoir de révision constitutionnelle, du point de vue de *son organisation*, est *l'équivalent* d'autres pouvoirs constitués ; car, lui aussi, il est un pouvoir « constitué » comme les autres. Mais du point de vue de *sa fonction*, le pouvoir de révision constitutionnelle est *supérieur* à d'autres pouvoirs constitués ; car les règles posées par lui occupent un rang supérieur à celles posées par les autres pouvoirs constitués.

A propos de la question de la *permanence* du pouvoir constituant originaire, nous rejetons la thèse de la disparition du pouvoir constituant originaire ainsi que celle de la transformation de ce pouvoir en pouvoir constituant institué. A notre avis, le pouvoir constituant originaire, après avoir fait une nouvelle constitution, se retire de l'exercice pour une certaine durée, mais il ne disparaît pas éternellement. Ceci car il a toujours la possibilité de se remettre en exercice, de réapparaître, de resurgir. Pour cela il lui suffit d'abroger ou de déconstitutionnaliser la constitution en vigueur par la voie révolutionnaire.

Bref, pour nous, le pouvoir constituant originaire subsiste à côté du pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi, nous acceptons la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle. Mais la coexistence ne signifie pas le « co-exercice » de ces deux pouvoirs ; parce que ces deux pouvoirs ne peuvent pas logiquement être en exercice en même temps. En effet, l'exercice du pouvoir constituant originaire implique par définition même l'abrogation de la constitution, c'est-à-dire l'anéantissement du pouvoir de révision constitutionnelle en place. En d'autres termes lorsque le pouvoir constituant originaire se met en exercice, le pouvoir de révision constitutionnelle disparaît. C'est-à-dire que l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle dépend du « non-exercice » du pouvoir constituant originaire. Mais l'inverse n'est pas valable. Le pouvoir constituant originaire peut se mettre en exercice quand il veut, comme il le veut.

A notre avis, il faut examiner *séparément* le problème de la *limitation* du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle, parce qu'ils diffèrent par leur organisation, même s'ils exercent la même fonction.

Le *pouvoir constituant originaire* est un pouvoir *illimité*, car c'est un pouvoir de fait, et il s'exerce en dehors de toute constitution. Par conséquent il n'existe aucune règle ni constitutionnelle, ni supraconstitutionnelle s'imposant à l'exercice de ce pouvoir.

Par contre, le *pouvoir de révision constitutionnelle* est un pouvoir *limité*. Le caractère limité de ce pouvoir découle de la distinction même du pouvoir consti-

tuant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle. Le premier est un pouvoir souverain et initial, tandis que le second est un pouvoir créé par le premier. En d'autres termes, il est tout à fait normal que le pouvoir de révision constitutionnelle, étant un pouvoir créé par le pouvoir constituant originaire, soit limité par la volonté de celui-ci. Par conséquent, le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut s'exercer que dans le cadre déterminé par le pouvoir constituant originaire dans la constitution.

* * *

Après avoir montré que le pouvoir de révision constitutionnelle est susceptible d'être *limité*, il faut étudier la question de savoir *quelles sont les limites qui s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle*.

D'abord, si l'on regarde les textes constitutionnels, on découvre tout de suite que les constitutions elles-mêmes prévoient des limites à leur révision ; c'est-à-dire qu'il y a des limites à la révision constitutionnelle qui figurent expressément dans les textes constitutionnels.

Ces limites se divisent essentiellement en trois groupes : les limites de forme, les limites de temps et les limites de fond.

Les limites de forme ou en termes plus corrects, les conditions de forme, consistent en des dispositions de la constitution qui déterminent la procédure suivant laquelle l'organe de révision constitutionnelle peut adopter une loi de révision constitutionnelle.

Egalement, certaines constitutions ne se contentent pas d'organiser un organe de révision constitutionnelle et de déterminer les conditions de forme et de procédure pour l'exercice de cet organe, mais elles fixent aussi des limites de fond et des limites de temps à l'exercice de pouvoir. Les limites de fond consistent en des dispositions intangibles de la constitution. Quant aux limites de temps, elles apparaissent de deux façons : la constitution interdit sa révision avant l'écoulement d'un certain délai à partir de sa mise en vigueur, ou bien elle exclut sa révision dans certaines circonstances.

Par exemple, la Constitution française de 1958 prévoit une limite de fond à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle : l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement (art.89, al.5). La même Constitution prévoit deux limites de temps : l'interdiction de réviser la Constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art.89, al.4) et celle de réviser la Constitution pendant l'intérim de la présidence de la République (art.7 *in fine*). Par contre dans la Constitution turque de 1982, les limites de fond à la révision constitutionnelle sont extrêmement nombreuses, alors que les limites de fond dans cette Constitution n'existent pas.

En ce qui concerne les limites de fond à la révision constitutionnelle, la vraie question est celle de la détermination de leur étendue. Par exemple, que protège l'alinéa 5 de l'article 89 ? En d'autres termes, l'interdiction de réviser la forme

républicaine de l'Etat protège-t-elle également la forme *démocratique et unitaire* de la République française ?

A notre avis il faut interpréter *restrictivement* l'interdiction prévue par l'article 89, alinéa 5, car, elle constitue une exception à la règle générale qui est la révisabilité de toutes les dispositions de la Constitution, et selon une règle d'interprétation les dispositions d'exception sont soumises à une interprétation restrictive. Et selon une telle interprétation, l'alinéa 5 de l'article 89 n'interdit que la restauration d'une monarchie, c'est-à-dire, une forme de gouvernement dans lequel la fonction du chef de l'Etat est héréditaire. Alors l'alinéa 5 de l'article 89 ne protège pas le caractère *démocratique* de cette République. De même cet alinéa ne protège pas non plus la forme *unitaire* de la République française. D'ailleurs, si le constituant de 1958 avait voulu protéger non seulement la forme républicaine, mais aussi le caractère *démocratique et unitaire* de la République, il aurait pu les prévoir expressément.

* * *

Après avoir montré que les constitutions prévoient des limites à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle, il convient de discuter de la *question de savoir si ces limites à la révision constitutionnelle sont valables*. Car, il y a un débat classique autour de la valeur juridique des ces limites.

Dans la doctrine classique du droit constitutionnel, on a invoqué plusieurs arguments en faveur de *la thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique*. La plupart de ces arguments sont facilement réfutables ou réversibles. Mais parmi eux, il y a deux arguments qui restent pertinents, tout au moins difficilement réfutables : celui selon lequel le pouvoir de révision constitutionnelle peut surmonter ces limites par les révisions successives et celui de l'absence de sanction en cas de leur transgression.

En effet si la constitution n'interdit pas la révision de la norme qui prévoit une intangibilité par une règle auto-référentielle (par ex. « Cet article est lui-même exclu de toute révision ») *le pouvoir de révision constitutionnelle a toujours la possibilité de surmonter cette intangibilité en deux temps* : en abrogeant d'abord la norme interdisant la modification, et puis, en révisant la norme dont la révision est interdite. Mais ceci ne signifie pas que les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle sont dénuées de *toute* valeur juridique. En d'autres termes, il est vrai que les limites à la révision constitutionnelle n'ont pas de valeur juridique *absolue*, mais elles ont tout de même une valeur juridique *relative* : tant qu'elles ne sont pas abrogées par une révision préalable, elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

L'argument de l'absence de sanction est aussi difficilement réfutable. Car, selon notre conception, pour que les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle soient valables, elles doivent être *grosso modo* efficaces. Une disposition qui n'a jamais été appliquée perd sa validité juridique, tombe en désuétude. C'est-à-dire que l'efficacité et par conséquent la validité de ces limites dépendent en dernière analyse de leur application par les tribunaux. Dans notre cas, ceci implique l'existence d'un contrôle de la constitu-

tionnalité des lois constitutionnelles. Alors, seulement dans les systèmes où il existe un tel contrôle, les limites à la révision constitutionnelle seront sanctionnées, et par conséquent valables. Bref, l'argument de l'absence de sanction s'effondre dans les pays où il y a un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

D'ailleurs, notons que cet argument n'a aucun sens du point de vue du juge constitutionnel. En effet, la décision du juge constitutionnel signifie l'application de la sanction ; et le juge constitutionnel doit savoir si ces limites sont valables ou non avant de prendre sa décision. Par conséquent, le juge doit apprécier la validité des limites à la révision constitutionnelle sans avoir fait référence à cet argument. Alors l'argument de l'absence de sanction ne peut pas être invoqué devant le juge constitutionnel.

Le but principal de notre étude est de savoir si le juge constitutionnel peut contrôler ou non la conformité des lois constitutionnelles aux dispositions de la constitution qui leur imposent des limites. C'est pourquoi nous laissons de côté l'argument de l'absence de sanction, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité des limites à la révision constitutionnelle du point de vue du juge constitutionnel

* * *

A notre avis, concernant la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle, il faut poser cette question en terme de « force obligatoire » au lieu de « valeur juridique ». Car, la « valeur juridique », étant un terme vague, comporte plusieurs sens ; tandis que celui de « force obligatoire » a un sens plus ou moins défini. De plus, ce que l'on cherche sous la question de la valeur juridique de ces limites, c'est de savoir si elles obligent juridiquement leur destinataire, c'est-à-dire le pouvoir de révision constitutionnelle.

De même, si l'on pose le problème en ces termes, la question de la force obligatoire des limites à la révision constitutionnelle se transforme en celle de « validité juridique » de ces limites. Car, dans la conception que nous avons adoptée, il y a une équation entre la validité juridique et la force obligatoire d'une norme. En d'autres termes, dire que « cette limite à la révision constitutionnelle est valable », cela revient au même que de dire que « cette limite est obligatoire ». Par conséquent, la force obligatoire des limites à la révision constitutionnelle dépend de leur validité juridique. Alors, dans ce cas, au lieu d'examiner le bien-fondé des thèses classiques sur la valeur juridique de ces limites, il suffit de montrer simplement leur validité juridique. Car si elles sont valables, elles seront nécessairement obligatoires.

Il faut répondre alors à la question de savoir *quelles sont les conditions que doit remplir une limite à la révision constitutionnelle pour être valable.*

A notre avis, pour être valable, une limite à la révision constitutionnelle doit remplir trois conditions préliminaires, une condition *per quam* et deux conditions *sine qua non*.

La première condition préalable de la validité juridique d'une limite à la révision constitutionnelle est celle de son *existence matérielle*. Car, pour qu'une limite soit valable, elle doit tout d'abord matériellement exister. L'existence matérielle de cette limite étant établie, se pose ensuite une deuxième condition : celle de sa *normativité*. Pour être valable, ces limites doivent être de nature de norme. Mais les normes qui existent ne sont pas seulement des normes juridiques, il y a aussi des normes sociales, morales, religieuses, etc. Alors une limite à la révision constitutionnelle doit être une norme, mais à son tour cette norme doit être d'ordre juridique. Ainsi se pose la troisième question : celle de la *juridicité* d'une limite à la révision constitutionnelle. On peut alors conclure que, pour que les limites à la révision constitutionnelle soient valables, premièrement elles doivent matériellement exister, deuxièmement elles doivent avoir le caractère normatif, troisièmement elles doivent être d'ordre juridique.

Les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels remplissent ces trois conditions préliminaires. D'abord, ces limites sont *matériellement existantes*, car elles se trouvent dans un document, c'est-à-dire dans le texte de la constitution. Deuxièmement, ces limites ont le *caractère normatif*, car le document dans lequel elles se trouvent a une signification de norme ; autrement dit, il pose un *Sollen*, c'est-à-dire, dans notre cas, un ordre, une prescription, à savoir de ne pas réviser la constitution sur tel ou tel point, ou pendant un certain délai. Troisièmement, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels sont d'ordre *juridique*. Car, en tant que dispositions de la constitution, elles font partie d'un ordre normatif. Et l'ordre normatif auquel appartient la constitution est juridique, parce que, cet ordre, pris dans son ensemble, est sanctionné. Alors il faut conclure que, ayant l'existence matérielle et le caractère de norme, et étant d'ordre juridique, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels remplissent toutes les conditions préliminaires pour être valables, par conséquent obligatoires.

La condition *per quam* de la validité juridique d'une limite à la révision constitutionnelle est sa validité formelle, c'est-à-dire son appartenance à un ordre juridique donné. Une limite qui n'appartient pas à un ordre juridique donné, c'est-à-dire, qui n'a pas été produite conformément à une norme supérieure et en dernière analyse, à la norme fondamentale, ne peut pas être considérée comme une norme juridique valable. Les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel remplissent la condition *per quam*, c'est-à-dire l'appartenance à un ordre juridique. Car, ces limites sont dans la forme des dispositions constitutionnelles. Et en tant que dispositions de la constitution, elles appartiennent à l'ordre juridique dont fait partie la constitution.

Il y a également deux conditions *sine qua non* de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle. Il faut souligner que ces deux conditions sont exigées, non pas pour qu'une limite à la révision constitutionnelle soit valable, mais pour qu'une limite déjà valable ne perde pas sa validité juridique.

La première condition *sine qua non* de la validité juridique d'une limite à la révision constitutionnelle est *l'efficacité de l'ordre juridique* auquel appartient cette

limite. En d'autres termes, pour qu'une limite déjà valable ne perde pas sa validité, il faut que l'ordre juridique auquel appartient cette limite soit efficace. Car, si l'ordre juridique global perd son *efficacité*, toutes les normes appartenant à cet ordre perdent aussi leur *validité*.

La deuxième condition *sine qua non* de la validité juridique d'une limite à la révision constitutionnelle est le *minimum d'efficacité* de cette limite elle-même. En d'autres termes, pour qu'une limite à la révision constitutionnelle qui remplit la condition *per quam* ne perde pas sa validité, elle doit avoir elle-même un minimum d'efficacité. Une limite à la révision constitutionnelle inscrite dans le texte constitutionnel qui est tombée en désuétude perd sa validité juridique. Même si une limite prise isolément ne perd pas sa validité par le fait qu'elle n'est pas obéie ou appliquée seulement dans un certain nombre de cas où elle devait l'être, on ne peut pas considérer comme valable une limite à la révision constitutionnelle qui n'est en fait jamais obéie ou appliquée.

En ce qui concerne la première condition *sine qua non*, nous avons remarqué que, tant qu'il n'y a pas de révolution, l'ordre juridique auquel appartiennent les limites à la révision constitutionnelle est un ordre efficace. Mais, si l'ordre juridique global perd son efficacité à la suite d'une révolution, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle, et qui appartiennent à cet ordre, perdent aussi leur validité. Bref après une révolution, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la constitution ne sont plus valables, par conséquent elles ne sont plus obligatoires pour le pouvoir constituant originaire. On a donc affirmé que tant qu'il n'y a pas de révolution, les dispositions de la constitution qui prévoient des limites à la révision constitutionnelle remplissent la première condition *sine qua non* de la validité juridique.

Par contre, la vérification de la deuxième condition *sine qua non* s'avère difficile. Car, le « minimum d'efficacité » est une notion imprécise. Néanmoins nous avons essayé de préciser cette notion en indiquant trois points différents de l'efficacité des limites à la révision constitutionnelle : le point de l'inefficacité totale, le point de l'efficacité totale, et entre ces deux, sur « un certain point », celui de l'efficacité minimum. Le point de l'inefficacité totale et celui de l'efficacité totale sont précis. Ils sont objectivement déterminables. Ainsi, une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle qui n'a été jamais obéie ou appliquée dans les cas où elle devait l'être se trouve dans l'*inefficacité totale* ; et, une telle disposition n'est pas considérée comme une norme valable. D'autre part, une disposition de la constitution qui prévoit une limite à la révision constitutionnelle qui a été obéie ou appliquée dans tous les cas où elle devait l'être se trouve sur le point de l'*efficacité totale* ; et une telle limite est considérée comme valable. Par contre le point de l'efficacité minimum n'est pas suffisamment précis. Car, on ne peut pas donner une réponse objective à la question de savoir à partir de quel point la limite à la révision constitutionnelle bénéficie d'un minimum d'efficacité.

Toutefois, on peut remarquer que l'existence du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un pays donné est un élément assurant un

minimum d'efficacité aux limites à la révision constitutionnelle. Alors, pour que les limites à la révision constitutionnelle ne tombent dans l'inefficacité totale, il faut qu'il y ait un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Sans quoi, une limite à la révision constitutionnelle appartenant à l'ordre juridique risque de tomber dans l'inefficacité totale, et par conséquent de perdre sa validité juridique.

Ainsi, tout le problème se concentre sur l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un pays considéré. C'est pourquoi, nous avons réservé le deuxième titre de la deuxième partie de notre travail à ce problème.

En conclusion, dans les pays où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, et tant qu'il n'y a pas de révolution, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels remplissent la condition essentielle et les conditions supplémentaires pour être valables. Ainsi elles appartiennent à l'ordre juridique qui est efficace et elles bénéficient elles-mêmes d'un minimum d'efficacité, et par conséquent elles sont valables. De même, en vertu de notre équation « validité = force obligatoire », elles sont obligatoires, c'est-à-dire qu'elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

Ainsi, en ce qui concerne les *limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels*, on peut conclure que, dans les pays où il y a un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, ces limites sont valables, et par conséquent elles s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

* * *

Il faut également discuter de la *question de savoir s'il y a des limites à la révision constitutionnelle non inscrites dans les textes constitutionnels*. En effet, quand il s'agit de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, certains auteurs ne se contentent pas d'énumérer les limites à la révision constitutionnelle prévues expressément par la constitution ; allant encore plus loin, ils cherchent d'autres limites susceptibles de s'imposer à l'exercice de ce pouvoir.

Parmi ces auteurs, certains soutiennent qu'il y a des principes supraconstitutionnels s'imposant à l'exercice du pouvoir. D'autres pensent qu'il y a une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, et par conséquent que les normes constitutionnelles de rang supérieur dans la hiérarchie constituent des limites à la révision constitutionnelle. Ensuite selon une partie de la doctrine, les normes constitutionnelles posées par le pouvoir de révision constitutionnelle sont soumises au respect des normes du droit international. Enfin, certains auteurs estiment que la constitution a un esprit, et en dégagent des limites à la révision constitutionnelle.

A notre avis, les thèses favorables à l'existence de *principes supraconstitutionnels* s'imposant à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle ne sont pas fondées, car ces principes ne sont juridiquement pas valables. En effet, ces principes sont privés de toute existence matérielle. Ils ne figurent dans aucun document

positif. Par conséquent, les limites déduites de ces principes ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

D'autre part, les thèses soutenant l'existence d'une *hiérarchie entre les normes constitutionnelles* ne sont pas non plus fondées. Car, s'il y a une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, elles doivent tirer leur validité les unes des autres. Or, comme on le sait, toutes les normes à valeur constitutionnelle tirent leur validité d'un seul acte : l'acte constituant (par exemple en France, le référendum constituant de 1958). En d'autres termes, aucune hiérarchie ne peut être établie entre les différentes normes à valeur constitutionnelle du point de vue de leur validité juridique. Toutes les normes constitutionnelles sont édictées par le même acte et elles peuvent être modifiées ou abrogées selon la même procédure de révision. Par conséquent elles ne diffèrent pas les unes des autres du point de vue de leur validité juridique. D'autre part, les thèses posant une hiérarchie entre les normes constitutionnelles impliquent inévitablement une conception matérielle de la constitution. Car, sans avoir préalablement accepté la conception matérielle de la constitution, on ne peut établir aucune différenciation entre les normes constitutionnelles. Or en droit positif, c'est la conception formelle qui est retenue. Et dans cette conception, ce qui compte, c'est la forme, et non pas le contenu des dispositions. Ainsi toutes les dispositions de la constitution ont la même valeur juridique en tant que règles contenues dans le même texte. Par conséquent les dispositions constitutionnelles auxquelles on attribue un rang supérieur au sein du bloc de constitutionnalité ne constituent pas des limites à la révision constitutionnelle, car la révision de telles dispositions n'exige pas une procédure différente de celle d'une disposition constitutionnelle anodine.

Quant à la question de la *supériorité des normes de droit international sur les normes constitutionnelles*, on peut observer que premièrement cette question ne se pose même pas si l'on admet la conception dualiste. Même si l'on raisonne dans la conception moniste, la thèse de la supériorité des normes du droit international sur celles de la constitution nationale n'est pas fondée si l'on prend comme point de départ l'hypothèse de la primauté du droit interne. Or, du point de vue théorique, on n'est pas obligé de partir du postulat de la primauté du droit international. Deuxièmement, il y a une non-concordance entre la validité internationale et la validité interne d'une norme nationale. Une norme nationale continue d'exister, même si elle est non opposable au niveau international. Parce que le juge international n'annule pas la norme interne contraire au droit international, il la déclare seulement non opposable sur le plan international. Nous avons défini la hiérarchie des normes par la relation de la validité entre ces normes. Puisque la validité internationale et la validité interne ne coïncident pas, on ne peut pas par définition établir de hiérarchie entre les normes de droit international et celles de la constitution nationale. *Enfin*, on peut mettre en cause non seulement la supériorité du droit international, mais encore l'existence même de ce droit. Parce que l'ordre du droit international est tellement décentralisé qu'on ne peut pas savoir si la guerre constitue un acte illicite ou une application de la sanction.

Enfin, *les thèses déduisant des limites à la révision constitutionnelle de l'esprit de la constitution* ne sont pas fondées, car l'« esprit de la constitution » n'est

pas une notion positivement existante. Par conséquent, les limites à la révision constitutionnelle déduites de cet « esprit » ne sont pas valables, parce qu'elles ne remplissent pas la première condition de la validité juridique, c'est-à-dire l'existence matérielle. En d'autres termes, ces limites ne trouvent pas leur fondement dans la constitution. Elles ne sont pas formulées expressément par le texte de la constitution. On ne peut pas les déduire encore de façon directe ou dérivée d'une disposition constitutionnelle. En conséquence, les limites proposées par la doctrine au nom de l'esprit de la constitution, comme au nom des principes supraconstitutionnels, ne s'imposent pas à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

D'ailleurs, il faut souligner le *caractère jusnaturaliste* des thèses favorables à l'existence des limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans les textes constitutionnels. En effet ces thèses (en dehors de celle de la supériorité des normes de droit international sur les normes constitutionnelles) ne sont soutenables que, si et seulement si l'on accepte l'existence d'un droit naturel. Car pour attribuer la valeur juridique aux limites qui n'existent pas dans les textes positifs, on a nécessairement besoin d'une conception jusnaturaliste du droit. Or, dans notre travail, nous refusons par hypothèse même la conception jusnaturaliste du droit.

Ainsi, les limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans les textes constitutionnels ne sont pas posées par le pouvoir constituant originaire, mais par les auteurs jusnaturalistes. Par conséquent ces auteurs se sont substitués non seulement au législateur ordinaire, mais encore au pouvoir constituant originaire même, grâce à la théorie de la supraconstitutionnalité, de la hiérarchie entre les normes constitutionnelles, de l'esprit de la constitution, etc.

Enfin, on peut constater que les auteurs qui acceptent l'existence des limites à la révision constitutionnelle non inscrites dans le texte constitutionnel ne sont pas d'accord sur la liste de celles-ci. Chacun dresse une liste différente conformément à sa propre conception. Cette différence montre en effet le caractère subjectif de ces thèses favorables à l'existence de telles limites.

En conclusion, les limites à la révision constitutionnelle autres que celles inscrites dans les textes constitutionnels ne sont pas valables, car elles sont privées de toute existence matérielle. Ainsi nous refusons toutes les thèses favorables à l'existence des limites à la révision constitutionnelle qui ne sont pas prévues par la constitution. Pour nous, les limites à la révision constitutionnelle consistent en celles *inscrites* dans les textes constitutionnels.

* * *

Ainsi nous venons d'affirmer que, du point de vue théorique, les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel s'imposent à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle. Mais *ces limites sont-elles sanctionnées* ? En effet, en ce qui concerne les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte constitutionnel, la vraie question qui se pose est celle de savoir comment ces limites peuvent être sanctionnées, car aucune limite n'est contraignante, si elle ne fait pas l'objet d'une sanction.

On peut envisager les différentes sanctions pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle : l'interruption de la procédure de révision constitutionnelle par le président de la République, le refus de la promulgation par le président de la République, les sanctions pénales proprement dites, la responsabilité du président de la République pour haute trahison, la responsabilité pénale des ministres, l'invalidation des lois constitutionnelles.

En ce qui concerne la question de savoir si, en France, *le président de la République peut interrompre la procédure de révision constitutionnelle*, on peut conclure que le président de la République n'a pas *en principe* le droit d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Ainsi il est obligé de donner suite à une proposition ou à un projet de révision constitutionnelle adopté conformément à sa procédure, c'est-à-dire par les deux assemblées en termes identiques.

Néanmoins on ne peut pas refuser au président de la République un *minimum de pouvoir de vérification*, car le président de la République est obligé de donner suite à une proposition ou à un projet, si et seulement s'il existe une proposition ou un projet de révision constitutionnelle au sens de la Constitution. Si un acte qui se présente comme une proposition ou un projet n'a pas pris réellement naissance, ou bien s'il est entaché des vices flagrants de procédures affectant l'existence même d'une telle proposition ou d'un tel projet, le président de la République peut et doit refuser de les soumettre au Congrès du parlement ou au référendum. En d'autres termes il peut et doit bloquer la procédure de révision constitutionnelle.

Mais en dehors des irrégularités qui affectent l'existence même de la proposition ou le projet de révision constitutionnelle, le président de la République n'a pas le droit d'interrompre la procédure sous prétexte que le contenu de révision constitutionnelle est contraire aux limites à la révision constitutionnelle.

Cependant, les pouvoirs accordés au président de la République dans la procédure de révision constitutionnelle sont loin de constituer une garantie préventive efficace pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle. Car, à ce propos il n'y a pas de règle juridique qui s'impose au président de la République, ni de moyen permettant de l'obliger à interrompre ou à ne pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle. Par conséquent, tout dépend de l'appréciation du président de la République. C'est-à-dire que s'il estime que la proposition ou le projet de révision est entaché d'une irrégularité, il peut interrompre la procédure de révision constitutionnelle. En d'autres termes, le président de la République a le pouvoir d'interprétation authentique dans ce domaine. Son interprétation n'est pas juridiquement contestable. La seule sanction est la mise en jeu de sa responsabilité pour haute trahison, et celle-ci reste exceptionnelle. Alors le président de la République a la possibilité d'interrompre la procédure de révision constitutionnelle, comme ceci s'est produit à deux reprises en 1973 et en 1974.

Quant à la question de savoir si *le président de la République peut refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle*, on peut observer qu'en France, la promulgation des lois constitutionnelles est en principe de *caractère obligatoire*. Le président de la République est tenu

de promulguer une loi constitutionnelle adoptée par le référendum ou par le Congrès du Parlement.

Néanmoins, tout en acceptant le caractère obligatoire de la promulgation des lois constitutionnelles, il faut admettre que le président de la République a la faculté de refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle « inexistante ». En d'autres termes, le président de la République n'est pas tenu de promulguer, une loi constitutionnelle qui n'a pas pris « réellement naissance ». C'est-à-dire que le président de la République a le droit de vérifier s'il est en présence d'une loi constitutionnelle « extérieurement régulière », ou entachée d'un « vice flagrant de procédure ». Mais, au-delà de ces *vices flagrants de procédure*, le président de la République ne peut pas refuser la promulgation d'une loi constitutionnelle adoptée par l'organe de révision constitutionnelle sous prétexte qu'elle est contraire à la constitution *sur le fond*.

Cependant, le pouvoir de promulgation du président de la République est loin de constituer une garantie efficace pour assurer la régularité des lois de révision constitutionnelle, car à ce propos il n'y a pas de règle juridique et par conséquent tout dépend de l'appréciation du président de la République. Et l'appréciation du président de la République ne peut être mise en cause que par la procédure de haute trahison.

Les *sanctions pénales* proprement dites ne présentent pas beaucoup d'intérêt pour notre travail. Car, d'abord, ces sanctions ne recouvrent que des révisions faites par l'utilisation des moyens violents, c'est-à-dire des révisions irrégulières constituant une infraction pénale. Or, la révision de la constitution peut être irrégulière sans constituer un délit ou un crime au sens pénal. Et quant aux révisions faites par l'utilisation des moyens violents, les sanctions pénales sont envisageables, mais dans ce cas une telle révision constitutionnelle constitue une *révolution*. En d'autres termes, il s'agit d'un événement du pouvoir constituant *originnaire*. Or, notre travail a pour objet d'examiner les limites du pouvoir de révision constitutionnelle, et non pas celles du pouvoir constituant originnaire. A vrai dire, les sanctions pénales ne peuvent concerner que la tentative de révision révolutionnaire. Si la révision révolutionnaire est « consommée », les actes tendant à réviser la constitution par les voies révolutionnaires ne sont pas punissables. En conséquence, les sanctions pénales ne sont applicables que si le mouvement révolutionnaire reste en phase de tentative. Alors les sanctions pénales ne s'adressent qu'aux auteurs des coups d'Etat avortés, ou des insurrections réprimées.

Même si la mise en jeu de *la responsabilité du président de la République pour haute trahison en cas d'édition d'une loi de révision constitutionnelle qui dépasse ses limites* est théoriquement envisageable, cette procédure est loin de constituer une sanction efficace pour assurer la régularité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. Car, tout d'abord, la responsabilité du président de la République pour haute trahison comme garantie personnelle n'est pas un moyen en soi efficace, car elle ne touche pas à la force obligatoire de la loi constitutionnelle irrégulière. En d'autres termes, elle laisse subsister la loi de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle. Ensuite, le crime de haute trahison n'est défini ni légalement ni jurisprudentielle-

ment et en France la Haute Cour de justice n'a jamais fonctionné. Par conséquent la responsabilité du président de la République pour haute trahison reste une sanction tout à fait exceptionnelle et théorique. Cependant on peut constater que cette sanction n'est pas pour autant inutile, car on conçoit qu'un président de la République abuse de ses pouvoirs et qu'il n'y ait pas d'autre moyen que la traduction devant la Haute Cour de justice pour mettre fin à une situation contraire au droit. Ainsi, dans un système où il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, la seule sanction envisageable pour assurer le respect des limites à la révision constitutionnelle consiste en la responsabilité du président de la République qu'offre l'institution de haute trahison.

Quant à la *responsabilité pénale des ministres*, elle est complètement hors de question pour assurer la régularité des lois constitutionnelles, car concernant cette responsabilité, en France, le principe *nullum crimen et nulla poena sine lege* trouve sa place. En effet, le Code pénal français n'incrimine pas les actes des membres du Gouvernement accomplis dans la procédure de révision constitutionnelle.

Ainsi on peut conclure que même si les différentes sanctions sont théoriquement envisageables, elles ne constituent pas en soi des moyens efficaces pour assurer la conformité des lois constitutionnelles aux limites à la révision constitutionnelle. En effet, ces limites ne sont efficacement sanctionnées que lorsque l'invalidation des lois constitutionnelles est possible. Alors, concernant les sanctions des limites à la révision constitutionnelle, la question-clé est de savoir si les lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle peuvent être invalidées. La réponse affirmative à cette question dépend de l'existence d'un contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.

Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles peut être examiné d'abord dans un cadre théorique, ensuite on peut essayer d'illustrer ce cadre à partir de la jurisprudence des cours constitutionnelles de différents pays.

Sur le plan théorique, dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est réglementé par la constitution, la réponse à la question de savoir si le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible est simple : ce contrôle est possible ou impossible selon la réglementation constitutionnelle : lorsque la constitution l'a exclu, il n'est pas possible, par contre lorsque la constitution l'a prévu, il est possible.

L'exemple d'un tel système est fourni par la Turquie. La Constitution turque de 1961 (à partir de sa révision en 1971) et la Constitution de 1982 réglementent expressément le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Alors en Turquie, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, car il a été prévu par la Constitution. Cependant ce même contrôle quant au fond des lois constitutionnelles est impossible, car la Constitution l'a exclu expressément.

Par contre dans un système où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas réglementé par la constitution, la solution de la question

de savoir si un tel contrôle est possible ne peut se trouver que dans la jurisprudence de l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité. Un tel système est illustré par l'Allemagne, l'Autriche, les Etats-Unis d'Amérique et la France. Les constitutions de ces pays ne contiennent aucune disposition expresse sur le contrôle de la constitutionnalité des *lois constitutionnelles*.

Dans un tel système, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible si l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles. Par contre si cet organe s'est déjà déclaré incompétent pour statuer sur les lois constitutionnelles, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est impossible. Enfin, si cet organe ne s'est pas encore prononcé sur ce point, la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ne se pose encore pas du point de vue du droit positif.

Le cas des Etats-Unis, de l'Allemagne et de l'Autriche illustre la première hypothèse. La Cour suprême des Etats-Unis et les Cours constitutionnelles allemande et autrichienne ont déjà statué sur la validité des lois de révision constitutionnelle. Ainsi aux Etats-Unis, en Allemagne et en Autriche, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible. Aux Etats-Unis ce contrôle consiste en la vérification de la régularité formelle des amendements constitutionnels, alors qu'en Allemagne et en Autriche ce contrôle s'effectue tant du point de vue de la régularité formelle des lois constitutionnelles que de leur contenu.

La deuxième hypothèse a été illustrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel français sur les lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum. En ce qui concerne ces lois, le contrôle de la constitutionnalité est impossible, car le Conseil constitutionnel français s'est déjà déclaré incompétent pour se prononcer sur leur validité.

Concernant les lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, l'exemple de la France illustre la troisième hypothèse. Car, le Conseil constitutionnel n'a pas été invité jusqu'à ce jour à se prononcer sur ces lois. Alors, du point de vue du droit positif, la question de leur contrôle ne se pose pas encore.

En conclusion, le pouvoir de révision constitutionnelle est limité dans les pays où le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est possible, car les limites qui s'imposent à l'exercice de ce pouvoir sont sanctionnées par l'organe de contrôle de la constitutionnalité.

En conséquence, le pouvoir de révision constitutionnelle n'est limité, en Turquie, que par les règles de forme et de procédure, car dans ce pays seulement le contrôle de forme des lois constitutionnelles est possible.

Aux Etats-Unis aussi, le pouvoir de révision constitutionnelle n'est limité que par les conditions de forme de l'article 5 de la Constitution, car la Cour suprême ne contrôle que la régularité formelle des amendements constitutionnels.

Par contre, en Allemagne et en Autriche, le pouvoir de révision constitutionnelle est limité non seulement par les règles de forme et de procédure, mais aussi par les règles de fond, car les Cours constitutionnelles de ces pays se considèrent comme compétentes pour contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles tant du point de vue de leur régularité formelle que de leur contenu.

Quant à la France, il convient de faire une distinction. Le pouvoir de révision constitutionnelle exercé directement par le peuple n'est pas limité, car le Conseil constitutionnel s'est déjà déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois adoptées à la suite d'un référendum. Par contre, la question de savoir si le pouvoir de révision constitutionnelle exercé par le Congrès du Parlement est limité n'a pas encore de réponse du point de vue du droit positif, car la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement ne s'est pas encore posée au Conseil constitutionnel.

[Page laissée intentionnellement vide]

BIBLIOGRAPHIE

Sommaire

I. Ouvrages généraux

II. Ouvrages spéciaux

III. Thèses

IV. Articles, communications, rapports, commentaires et notes

V. Recueils de textes et de documents

VI. Ouvrages et articles en langue turque

I. OUVRAGES GENERAUX (Traités, Précis, Manuels, Dictionnaires)

ARDANT (Philippe), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 6^e édition, 1994.

AUBERT (Jean-François), *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Editions Ides et Calendes, 1967, t.I.

AUBY (Jean-Marie) et DRAGO (Roland), *Traité de contentieux administratif*, t.II, Paris, L.G.D.J., 3^e édition, 1984.

AUBY (Jean-Marie) (sous la direction de-), *Droit public*, Paris, Economica, 2^e édition, 1989.

AVRIL (Pierre) et GICQUEL (Jean), *Lexique : Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 5^e édition, 1994.

BARTHELEMY (Joseph) et DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, (Réimpression : Economica, 1985).

BOULOUIS (Jean), *Droit institutionnel des communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 4^e édition, 1993.

BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, Paris, L.G.D.J., 1950, t.III.

BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, (Tome IV : Le statut du pouvoir dans l'Etat), Paris, L.G.D.J., 3^e édition, 1983.

BURDEAU (Georges), *Droit constitutionnel*, 21^e édition par Francis Hamon et Michel Troper, Paris, L.G.D.J., 1988.

BURDEAU (Georges), HAMON (Francis) et TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 23^e édition, 1993.

CADART (Jacques), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris Economica, 3^e éd., 1990, t.I.

CADOUX (Charles), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, (tome I : Théorie générale des institutions politiques), Paris, Cujas, 3^e édition, 1988.

CAPPELLETTI (Mauro) et COHEN (William), *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis, New York, The Bobbs-Merrill Company, 1979.

CARRE DE MALBERG (Raymond), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922 (réimpression par CNRS, 1962) (2 tomes).

CARREAU (Dominique), *Droit international*, Paris, Pédone, 3^e édition, 1991.

CHANTEBOUT (Bernard), *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 11^e édition, 1994.

CHAPUS (René), *Droit administratif général*, t.I, Paris, Montchrestien, 6^e édition, 1993.

- CUSHMAN (Robert E) et CUSHMAN (Robert F), *Cases in Constitutional Law*, New York, Appleton-Century-Crofts, 3^e éd., 1968.
- DAVID (René) et JOUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes du droit contemporains*, Paris, Dalloz, 10^e édition, 1992.
- DEBBASCH (Charles), PONTIER (Jean-Marie), BOURDON (Jacques) et RICCI (Jean-Claude), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 3^e édition, 1990.
- DELPÉREE (Francis), *Droit constitutionnel (Tome I : Les données constitutionnelles)*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 1987.
- DINH (Nguyen Quoc), DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 4^e édition, 1992.
- DOWLING (Noel T.), *Cases on Constitutional Law*, Brooklyn, The Foundation Press, 5^e éd., 1954.
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, Paris, Ancienne librairie fontemoing, 1924, t.IV.
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne librairie fontemoing, 3^e édition, t.I, 1927, t.II, 1928, t. III, 1930.
- DUHAMEL (Olivier) et MENY (Yves) (sous la direction de-), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992.
- DUHAMEL (Olivier), *Le pouvoir politique en France*, Paris, P.U.F., 1991.
- DUVERGER (Maurice), *Le système politique français*, Paris, P.U.F., 20^e édition, 1990.
- DUVERGER (Maurice), *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, Paris, P.U.F., 5^e édition, 1948.
- ESMEIN (Adhémar), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e édition revue par Henry Nézard, Paris, Sirey, tome I, 1927, tome II, 1928.
- FABRE (Michel Henry), *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 1984.
- FAVRE (Antoine), *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg, Editions universitaires de Fribourg, 1966.
- GAUTRON (Jean-Claude), *Droit européen*, Paris, Dalloz, 6^e édition, 1994.
- GICQUEL (Jean), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 12^e édition, 1993.
- HAURIOU (André), GICQUEL (Jean) et GELARD (Patrice), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 6^e édition, 1975.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{re} édition, 1923.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e édition, 1929, (reprint par C.N.R.S., Paris, 1965).
- ISAAC (Guy), *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 4^e édition, 1994.
- JEANNEAU (Benoît), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 1991.
- KAUPER (Paul G.), *Constitutional Law : Cases and Materials*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 2^e éd., 1960.
- LAFERRIERE (Julien), *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 2^e édition, 1947.
- LAUBADERE (André de) et DELVOLLE (Pierre), *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 1986.
- LAVROFF (Dmitri Georges), *Le système politique français : Constitution et pratique politique de la V^e République*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 1991, 985 p.
- LAVROFF (Dmitri Georges), *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Dalloz, 1995.
- LECLERCQ (Claude), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Litec, 8^e édition, 1992.
- LIET-VEAUX (Georges), *Droit constitutionnel*, Paris, Editions Rousseau, 1949.

- MASON (Alpheus Thomas) et BEANEY (William M.), *American Constitutional Law : Introductory Essays and Selected Cases*, New Jersey, Prentice-Hall, 3^e édition, 1964.
- PACTET (Pierre), *Institutions politiques - Droit constitutionnel*, Paris, Masson, 13^e édition, 1994.
- PRELOT (Marcel) et BOULOUIS (Jean), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 1990.
- QUERMONNE (Jean-Louis) et CHAGNOLLAUD (Dominique), *Le gouvernement de la France sous la V^e République*, Paris, Dalloz, 4^e édition, 1991.
- ROUSSEAU (Charles), *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, (tome I : Introduction et sources).
- ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 3^e édition, 1993.
- STRONG (Frank R), *American Constitutional Law*, Buffalo, New York, Dennis & Co. Inc., 1950.
- TOUSCOZ (Jean), *Droit international*, Paris, P.U.F., Thémis, 1993.
- TURPIN (Dominique), *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1986.
- TURPIN (Dominique), *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 2^e édition, 1994.
- VEDEL (Georges), *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989).
- VELU (Jacques), *Droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1986, t.I.
- WIGNY (Pierre), *Cours de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1973.
- WIGNY (Pierre), *Droit constitutionnel : principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, (2 tomes).

II. OUVRAGES SPECIAUX

- AARNIO (Aulis), *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992.
- AGUILA (Yann), *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1994.
- AMSELEK (Paul) (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994.
- ARNAUD (André-Jean) (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993.
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES, *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993.
- BASTID (Paul), *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985.
- BASTID (Paul), *Sieyès et sa pensée*, (Nouvelle édition revue et augmentée), Paris, Hachette, 1970.
- BATAILLER (Francine), *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1966.
- BAUDREZ (Maryse), *Les actes législatifs du gouvernement en Italie : contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994.
- BEAUD (Olivier), *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994.
- BEGUIN (Jean-Claude), *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982.
- BERGER (Vincent), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 3^e édition, 1991.
- BISCARETTI DI RUFFIA (Paolo) et ROZMARYN (Stefan), *La constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Paris L.G.D.J., Torino, Libreria Scientifica, 1966.
- BOURETZ (Pierre) (sous la direction de-), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991.
- BRANCHET (Bernard), *La révision de la Constitution sous la V^e République*, Paris, L.G.D.J., 1994.
- BURDEAU (Georges), *Pouvoir politique et l'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1943.
- CAPPELLETTI (Mauro), *Le pouvoir des juges*, Traduction par René David, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

- CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978.
- CARRE DE MALBERG (Raymond), *La loi, expression de la volonté générale : Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1931, (réimpression par Economica, coll. « Classiques », Paris, 1984).
- CHATEAU (René), *Introduction à la politique : cours d'initiation sociale, civique et humaine*, Paris, Publications Chateaubriand, Sans date.
- COHEN-JONATHAN (Gérard), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989.
- La Constitution (la) et l'Europe*, (Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, organisée par l'Université Panthéon-Assas, Paris II), Paris, Montchrestien, 1992.
- CUSHMAN (Robert E.), *Leading Constitutional Decisions*, New York, Appleton-Century-Crofts, 10^e éd., 1955.
- La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, (Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989.
- DI MANNO (Thierry), *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevées d'office*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994.
- ERGEC (Rusen), *Regards sur la Constitution turque de 1982*, Ankara, Editions de la Faculté des sciences politiques de l'Université d'Ankara, 1988.
- FAVOREU (Louis) (sous la direction de-), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982.
- FAVOREU (Louis) (sous la direction de-), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Journée d'études du 13 mars 1987, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988.
- FAVOREU (Louis), *Les cours constitutionnelles*, Paris, P.U.F., Coll. « Que sais-je? », 1986.
- FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^e édition, 1993.
- FRANCK (Claude), *Les grandes décisions de la jurisprudence : droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., Thémis, 1978.
- GENEVOIS (Bruno), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, Paris, Les Editions sciences et techniques humaines, 1988.
- GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise) et TROPER (Michel) (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992.
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- HERZOG (Jacques Bernard), VLACHOS (Georges) et WALINE (Marcel) (sous la direction de-), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatives en droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les Editions de l'Epargne, 1961.
- Hierarchy of Constitutional Norms and its Function in the Protection of Fundamental Rights*, (VIIIth Conference of European Constitutional Courts, Ankara 7-10 May 1990). Ankara, Publications of the Constitutional Court of Turkey, 1990 (5 tomes). (*Titre parallèle : Hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, (VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Ankara, les 7-10 mai 1990), Ankara, Editions de la Cour constitutionnelle turque, 1990, 5 tomes).
- KELSEN (Hans), *General Theory of Law and State*, Translated by par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^e édition de la « *Reine Rechtslehre* » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- KOUBI (Geneviève) et ROMI (Raphaël), *Etat, Constitution, loi*, La Garenne-Colombes, Editions de l'Espace européen, 1991.
- LABOULAYE (Edouard), *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 2^e édition, 1873.
- LAFERRIERE (Julien), *Le nouveau gouvernement de la France : les actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942.

- LAMBERT (Edouard), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard, 1921.
- LENAERTS (Koenraad), *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988.
- LIJPHART (Arend), *Democracies : Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984.
- LINDON (Raymond) et Amson (Daniel), *La Haute Cour : 1789-1987*, Paris, P.U.F., Coll. « Politique d'aujourd'hui », 1987.
- LUCHAIRE (François), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980.
- LUCHAIRE (François) et CONAC (Gérard) (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987.
- MADIOT (Yves), *Les droits de l'homme*, Paris, Masson, 1991.
- MASSOT (Jean), *La présidence de la République en France*, Paris, Documentation française, 1977, 234 p.
- MAUS (Didier), FAVOREU (Louis) et PARODI (Jean-Luc) (sous la direction de-), *L'écriture de la Constitution de 1958*, (Actes de Colloque du XXX^e anniversaire, Aix-en-Provence, les 8, 9, 10 septembre 1988, Association française de science politique et Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica et Presses universitaire d'Aix-Marseille, 1992.
- MCWHINNEY (Edward), *Constitution-Making : Principles, Process, Practice*, Toronto, University of Toronto Press, 1981.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, (Texte établi et présenté par Jean Brethe de la Gressaye, Paris, Société Les Belles Lettres, 1955, t.II).
- OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- PERRIN (Jean-François), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève Librairie Droz, 1979.
- PEYROU-PISTOULEY (Sylvie), *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993.
- PRESIDENCE DU CONSEIL DES MINISTRES, Services de l'information et de la propriété littéraire, *L'Etat italien et sa réglementation*, Rome, Instituto Poligrafico dello Stato, 1975.
- La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993.
- Révision de la constitution et justice constitutionnelle*, (X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994), Documents provisoires rassemblés et reproduits par le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, Université d'Aix-Marseille III, CNRS (URA 1392), (Texte photocopie, 2 tomes, 246 pages). (Les communications présentées à cette table-ronde seront prochainement publiées dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994).
- RIGAUX (Marie-Françoise), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985.
- ROUSSEAU (Dominique) et SUDRE (Frédéric) (sous la direction de-), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque de Montpellier des 20 - 21 janvier 1989, Paris, Editions STH, 1990.
- ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (in *Ecrits politiques*, Edition par G. Mairet, Paris, Le Livre de Poche, 1992).
- ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social* (Edition établie par Pierre Bourgelin, Paris, GF - Flammarion, 1992).
- ROUSSILLON (Henry), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1994.
- SCHMITT (Carl), *Théorie de la Constitution*, Trad. par Lilyane Deroche, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1993.
- SEURIN (Jean-Louis) (sous la direction de-), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984.

- SIEYES (Emmanuel) *Qu'est-ce que le Tiers Etat* (Edition critique avec une introduction et des notes par Roberto ZAPPERI, Genève, Librairie Droz, 1970).
- STARCK (Christian), *La Constitution : cadre et mesure du droit*, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994.
- STRÖMHOLM (S.) et VOGEL (H.-H.), *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1975.
- SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989.
- TROPER (Michel), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994.
- TROPER (Michel) et JAUME (Lucien) (sous la direction de-), *1789 et l'invention de la constitution*, (Actes du Colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994.
- VILLA (Vittoria), *La science du droit*, Trad. par Odile et Patrick Nerhot, Bruxelles, Paris, Story-Scientia, L.G.D.J., 1991.
- VIRALLY (Michel), *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1961.

III. THESES

- AMSELEK (Paul), *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : essai de phénoménologie juridique*, (Thèse, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques) Paris, L.G.D.J., 1964.
- ARNOULT (Gabriel), *De la révision des constitutions : Etablissements et révision des constitutions françaises. Systèmes de révision des constitutions étrangères*, Thèse, Nancy, Rousseau, 1895.
- BOUSQUET DE FLORIAN (H. de), *De la révision des constitutions*, Thèse, Paris, Rousseau, 1891.
- BURDEAU (Georges), *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, (Thèse, Faculté de droit de Paris), Paris, Macon, 1930.
- DESMOTTES (Pierre), *De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français*, (Thèse, Université de Caen, Faculté de droit, mai 1962), Paris, L.G.D.J., 1968.
- FONTENEAU (Maurice), *Du pouvoir constituant en France et de la révision constitutionnelle dans les Constitutions françaises depuis 1789*, Thèse, Caen, 1900.
- HERAUD (Guy), *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, (Thèse, Faculté de droit de Toulouse), Paris, Sirey, 1946.
- LEISNER (Walter), *Le pouvoir constituant*, (Thèse, Université de Paris, Faculté de droit, mai 1956, dactyl.).
- LIET-VEAUX (Georges), *La continuité du droit interne : essai d'une théorie juridique des révolutions*, (Thèse, Faculté de droit de Rennes), Paris, Sirey, 1942.
- LOUKITCH (Radomir D.), *La force obligatoire de la norme juridique et le problème d'un droit objectif*, (Thèse, Université de Paris, Faculté de droit), Paris, Les presses modernes, 1939.
- MARTIN (Paul), *Portée juridique des révolutions en droit interne*, (Thèse, Université de Montpellier, Faculté de droit), Montpellier, Imprimerie Mari-Lavit, 1938.
- SHAWI (Mundhir el), *Contribution à l'étude du pouvoir constituant*, (Thèse, Faculté de droit de Toulouse, Multigraphiée par le Centre d'éditions universitaires de l'A.G.E.T., Juin 1961).

IV. ARTICLES, COMMUNICATIONS, RAPPORTS, COMMENTAIRES ET NOTES

- ARDANT (Philippe), « La révision constitutionnelle en France : problématique générale », in Association française des constitutionnalistes, *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.79-91.
- ARNE (Serge), « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *Revue du droit public*, 1993, p.459-512.

- ARNE (Serge), « La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le général de Gaulle (1958) », *Revue du droit public*, 1969, p. 48-107.
- ATIENZA (Manuel), « Juridicité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.324 et s.
- AUBY (Jean Marie), « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public : éléments de problématique », *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, Editions l'Hermès, 1980, p.21-37.
- AUVRET Patrick, « La responsabilité du chef de l'Etat », *Revue du droit public*, 1988, p.77-117.
- BADINTER (Robert) et GENEVOIS (Bruno), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », rapport français présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.133-159.
- BADINTER (Robert), Intervention orale au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.33.
- BAGUENARD (Jacques), « La constitution », in Jean-Marie Auby (sous la direction de-), *Droit public*, Paris, Economica, 2^e édition, 1989.
- BATTELLI (Maurice), « Réflexions sur la révision totale », *Revue du droit suisse (= Zeitschrift für Schweizerisches Recht)*, Vol. 87, 1968, I, p.393-404.
- BAUDREZ (Maryse) et ESCARRAS (Jean-Claude), « La révision de la Constitution italienne : doctrine et complexité des faits », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.139-154.
- BEAUD (Olivier), « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht : remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *Revue française de droit administratif*, 1993, p.1045-1068.
- BEAUD (Olivier), « Maastricht et la théorie constitutionnelle », *Les Petites affiches*, 31 Mars 1993, n°39, p.14-17 et 2 avril 1993, n°40, p.7-10.
- BERLIA (Georges), « De la compétence des assemblées constituantes », *Revue du droit public*, 1945, p.353-365.
- BERLIA (Georges), « La loi constitution du 10 juillet 1940 », *Revue du droit public*, 1944, p.54 et s.
- BERLIA (Georges), « Le problème de la constitutionnalité de référendum du 28 octobre 1962 », *Revue du droit public*, 1962, p. 936-949.
- BESSON (Antonin), « Haute Cour de justice », *Répertoire de droit public et administratif*, Mise à jour 1990, Editions Dalloz, Vol.II, p.1185-1188.
- BETTINI (Romano), « Efficacité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.219 et s.
- BOBBIO (Norberto), « Kelsen et les sources du droit », *Revue internationale de philosophie*, 1981, n° 138, p.475-486.
- BOBBIO (Norberto), « Quelques arguments contre le droit naturel », in *Annales de philosophie politique*, III, Paris, P.U.F., 1959, p.175-190.
- BOBBIO (Norberto), « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, (Tome I : Théorie générale du droit et droit transitoire), Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, p.53-73.
- BONNARD (Roger), « Les actes constitutionnels de 1940 », *Revue du droit public*, 1942, p.47-90.
- BRIDEL (Marcel) et MOOR (Pierre), « Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles », *Revue du droit suisse (= Zeitschrift für Schweizerisches Recht)*, Vol. 87, 1968, I, p.405-423.
- BUERSTEDDE (Vilhelm), « La Cour constitutionnelle de la République fédérale allemande », *Revue internationale de droit comparé*, 1957, p.50-74.

- CARDOSO DA COSTA (J. M.) (avec la collaboration de J. Casalta Nabais), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport portugais présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.177-199.
- CATALA (Nicole), L'intervention au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in *La Constitution et l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p.227-228.
- CELERIER (Thibaut), « Dieu dans la Constitution », *Les Petites affiches*, 5 juin 1991, n° 67, p.15-20.
- CHEROT (Jean-Yves), Intervention orale au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.71.
- COHEN-JONATHAN (Gérard), FLAUSS (Jean-François) et SUDRE (Frédéric), « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, p.197-222.
- COLE (Taylor), « The Bundesverfassungsgericht, 1956-1958 : An American Appraisal », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Neue folge, Band 8, 1959, p.29-47.
- COLE (Taylor), « Three Constitutional Courts : A Comparison », *The American Political Science Review*, vol.III, December 1959, n°4, p.963-984.
- COLLAS (Patrice), « Réunification, Constitution et propriété en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, p.633-658.
- CONAC (Gérard), « Article 11 », in Françoise Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.409-503.
- CONTE (Amedeo G.), « Validità », in *Novissimo digesto italiano*, vol. XX. VTET, Torino, 1975, p.419-425.
- CONTE (Amedeo G.), « Studio per una teoria della validità », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, p.331-354.
- « Cour de justice de la République », in *Nouveau répertoire du droit*, Mise à jour 1980 à 1994, Paris, Dalloz, 1994, p.452-453.
- « Cour de justice de la République », in *Nouveau répertoire du droit*, Mise à jour 1980 à 1994, Paris, Dalloz, 1994, p.452-453.
- COUR D'ARBITRAGE, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport belge présenté par la Cour d'Arbitrage à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.61-91.
- DARBELLAY (Jean), « L'initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1963, p.714-744.
- DARBELLAY (Jean), « Vers la révision de la Constitution fédérale », *Revue du droit suisse* (= *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*), Vol. 87, 1968, I, p.426-437.
- DELBEZ (L.), « La révision constitutionnelle de 1942 », *Revue du droit public*, 1943, p.54-115.
- DELCROS (Xavier), « Commentaire des articles 67 et 68 », in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de-), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.1178-1186.
- DELGODO OCANDO (José Manuel), « Valeur », in André-Jean Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.633-635.
- DELLINGER (Walter), « The Legitimacy of Constitutional Change : Rethinking the Amendment Process », *Harvard Law Review*, Vol. 97, 1983, p.386-432.
- DELLINGER (Walter), « Constitutional Politics : A rejoinder », *Harvard Law Review*, Vol. 97, 1983, p.446-450.
- DELPEREE (Francis), « Le processus de modification de la Constitution belge », in *La révision de la Constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.67-77.

- DI MANNO (Thierry), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand) et PINI (Joseph), Le compte-rendu de la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, sur « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 19, 1994, p.652-672 (Les communications présentées à cette table ronde seront prochainement publiées dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994).
- DUHAMEL (Olivier), « Pouvoir constituant » in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de-), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.777-778.
- DUVERGER (Maurice), « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de faits », *Revue du droit public*, 1945, p.73-100.
- DUVERGER (Maurice), « La carte forcée », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968.
- DUVERGER (Maurice), « Un droit de veto constitutionnel », *Le Monde*, 20-21 octobre 1974.
- DZIAKOCHA (Kazimierz), « Hierarchy of Constitutional Norms and its Function of Protection of Basic Rights » (Polish Report, VIIIth Conference of European Constitutional Courts, Ankara, 1-10 May 1990), in *Hierarchy of Constitutional Norms and its Function of Protection of Basic Rights*, Ankara, Publications of the Constitutional Court of Turkey, 1990, vol.IV, p.333-359.
- ESCARRAS (Jean-Claude) « Présentation du rapport italien de Massimo Luciani », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes) Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.105-116.
- FAVOREU (Louis), « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, p.71-89.
- FAVOREU (Louis), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n°67, p.71-77.
- FAVOREU (Louis), « Bloc de constitutionnalité », in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de-), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.87-89.
- FAVOREU (Louis), « Constitution révisée ou Constitution bis », *Le Figaro*, 21 avril 1992. (reproduit in *La Constitution et l'Europe*, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Paris, Montchrestien, 1992, p.355-356).
- FAVOREU (Louis), « De la démocratie à l'Etat de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p.158-162.
- FAVOREU (Louis), « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in Dominique Rousseau et Frédéric Sudre (sous la direction de-), *Conseil constitutionnel et Cours européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque de Montpellier des 20 - 21 janvier 1989, Paris, Editions STH, 1990, p.33-44.
- FAVOREU (Louis), « Les normes de référence », in Louis Favoreu (éd.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Journée d'études du 13 mars 1987, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p.69-78.
- FAVOREU (Louis), « Propos d'un 'néo-constitutionnaliste' », in Jean-Louis Seurin (sous la direction de-), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p.23-27.
- FAVOREU (Louis), « Rapport général introductif » présenté au II^e Colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1981, in Louis Favoreu (sous la direction de-), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.25-51.
- FAVOREU (Louis), « Rapport introductif », in Didier Maus, Louis Favoreu et Jean-Luc Parodi (sous la direction de-), *L'écriture de la Constitution de 1958*, (Actes de Colloque du XXX^e anniversaire, Aix-en-Provence, les 8,9,10 septembre 1988, Association française de science politique et association française des constitutionnalistes), Paris, Economica et Presses universitaire d'Aix-Marseille, 1992, p.27-33.
- FAVOREU (Louis), Premier commentaire sous C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, (Maastricht II), *Revue française de droit constitutionnel*, n°11, 1992, p.408-412.
- FAVOREU (Louis), Commentaire sous C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, (Maastricht II), *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.724-740.

- FAVOREU (Louis), Commentaire sous C.C., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992 (Maastricht III), *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p.740-747.
- FAVOREU (Louis), Intervention orale au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.67-69.
- FAVOREU (Louis) et alii, « France », *Annuaire international de justice constitutionnel*, 1992, p.468-525.
- FAVOREU (Louis) et PFERSMANN (Otto), « Avant-Propos », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.1-4.
- FLAUSS (Jean-François), « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Droit social*, 1982, p.645-656.
- FOYER (Jean), « Haute Cour de justice », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, (Encyclopédie Dalloz - Droit pénal), t.II, 7 p.
- FRIERSON (Wm. L.), « Amending the Constitution of the United States : a Reply to Mr Marbury », *Harvard Law Review*, Vol. 33, 1919-1920, p.659-666.
- FROMONT (Michel), « Le Tribunal constitutionnel allemand en 1970 », *Revue du droit public*, 1971, p.1411-1427.
- FROMONT (Michel) et JOUANJAN (Olivier), « République fédérale d'Allemagne » (Chronique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande en 1991), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VII, 1991, p.362-381.
- FROMONT (Michel) et JOUANJAN (Olivier), « République fédérale d'Allemagne » (Chronique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande en 1993), *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.IX, 1993, p.638-639.
- GAXIE (Daniel), « Article 89 », in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.1325-1357.
- GAZIER (F.), GENTOT (M.) et GENEVOIS (B.), « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », *Etudes et documents - Conseil d'Etat*, n°40, Rapport public, 1988, p.149-183.
- GENEVOIS (Bruno), « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée : à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 », *Revue française de droit administratif*, 1992, p.937-950.
- GENEVOIS (Bruno), L'intervention orale au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.65-66.
- GIANFOMAGGIO (Laetizia), « Droit naturel », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.200 et s.
- GOGUEL (François), « De la conformité du référendum 28 octobre 1962 à la Constitution », in *Mélanges offerts en hommage à Maurice Duverger*, Paris, P.U.F., 1987, p.115-125.
- GOGUEL (François), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », Colloque international d'Aix-en-Provence des 19, 20, 21 février 1981, *Revue internationale de droit comparé*, 1981, p.433-447. (Le même rapport se trouve également in Louis Favoreu (sous la direction de-), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du II^e Colloque international d'Aix-en-Provence des 19-21 février 1981, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.225-239).
- GÖLCÜKLÜ (Feyyaz), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.295-302.
- GRAPER (E.D.) et CARMAN (H.J.), « Record of Political Events (from August 1, 1919 to June 20, 1920) », supplément à *Political Science Quarterly*, vol. 35, 1920, p.1-147.

- GRUPE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE (Louis Favoreu et alii), « France », *Annuaire international de justice constitutionnel*, 1992, p.468-525.
- GRZEGORCZYK (Christophe), « La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », in Christophe Grzegorzczuk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.33-69.
- GRZEGORCZYK (Christophe), « Le positivisme comme méthodologie juridique », in Christophe Grzegorzczuk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.171-195.
- GUASTINI (Riccardo), « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1992, p.249-264.
- GUASTINI (Riccardo), « Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique », in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de-), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, p.216-225.
- HAEFLIGER (Arthur), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport suisse présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduction assurée par le service juridique du Conseil constitutionnel), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.195-215.
- HALLIER (Hans-Joachim), « La promulgation et la publication des lois et règlements dans la République fédérale d'Allemagne », in HERZOG (Jacques Bernard), VLACHOS (Georges) et WALINE (Marcel) (sous la direction de-), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatives en droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les Editions de l'Épargne, 1961, p.13-39.
- HAMON (Léo), « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations 'européennes' en cours », *Recueil Dalloz Sirey*, 1991, 43^e Cahier, Chronique - LV, p.300-303.
- HAMON (Léo), Note sous C.C., décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Recueil Dalloz*, 1963, p.398-401.
- HAMON (Léo), L'intervention orale au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in *La Constitution et l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p.221.
- HERAUD (Guy), « La validité juridique », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Faculté de Droit et de Sciences économiques de Toulouse, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, t.II, p.477-490.
- HERZOG (Roman), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport allemand présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduction assurée par le service juridique du Conseil constitutionnel), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.15-23 (Egalement *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.274-279).
- HOWARD (A. E. Dick), « La conception mécaniste de la constitution » in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de-), *1789 et l'invention de la constitution*, (Actes du Colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989), Paris-Bruelles, L.G.D.J.-Bruylant, 1994, p.153-173.
- KAUPER (Paul G.), « The Constitutions of West Germany and the United States : A Comparative Study », *Michigan Law Review*, vol. 58, 1960, p.1150-1184.
- KELSEN (Hans), « La justice et droit naturel », Trad. par Etienne Mazingué, in *Le Droit naturel, Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F., 1959, p.1-123.
- KELSEN (Hans), « La garantie juridictionnelle de la constitution : la justice constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1928, p.197-257.
- KELSEN (Hans), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1926, IV, p.232-326.

- KELSEN (Hans), « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel » *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, Emile Bruylant, Paris Sirey, 1963, p.141.
- KELSEN (Hans), « Quel est le fondement de la validité du droit ? », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, juillet - septembre 1956, p. 161-169.
- KLEIN (Claude), « Pourquoi écrit-on une Constitution », in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de-), *1789 et l'invention de la constitution*, (Actes du Colloque de Paris, organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, p.89-137.
- LAMARQUE (Jean), « Théorie de la nécessité et article 16 de la Constitution », *Revue du droit public*, 1961, p.617-618.
- LAMPUE (Pierre), « Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11 », *Revue du droit public*, 1962, p.931-935.
- LASCOURMES (Pierre) et SERVERIN (Evelyne), « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, Janvier 1986, n°2, p.101-122.
- LASCOURMES (Pierre), « Effectivité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.217 et s.
- LAVROFF (Dmitri Georges), « A propos du référendum », *Revue politique et parlementaire*, n° 960, juillet - août 1992, p.19-30.
- LAVROFF (Dmitri Georges), « Le droit saisi par le politique : les avatars de la norme constitutionnelle sous la V^e République », Communication présentée au *II^e Congrès français de droit constitutionnel*, 13, 14 et 15 mai 1993, Bordeaux, (texte dactylographié).
- LIET-VEAUX (Georges), « La 'fraude à la constitution' : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes », *Revue du droit public*, 1943, p.116-150.
- LUCHAIRE (François), « De la méthode en droit constitutionnel », *Revue du droit public*, 1981, p.275-329.
- LUCHAIRE (François), « L'Union européenne et la Constitution (Quatrième partie) », *Revue du droit public*, 1992, p.1587-1609.
- LUCHAIRE (François), « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et des libertés du citoyen », in *Mélanges M. Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, p.572 et s.
- LUCIANI (Massimo), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport italien présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), Traduction effectuée par Bruno Genevois, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.161-178.
- LUCIANI (Massimo), « La revisione costituzionale in Italia », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes) Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.116-137 (Jean-Claude Escarras, « Présentation du rapport italien de Massimo Luciani », in *La révision de la constitution*, *op. cit.*, p.105-116).
- LUTZ (Donald S.), « Toward a Theory of Constitutional Amendment », *American Political Science Review*, vol. 88, n° 2, juin 1994, p.356-370.
- MARBURY (William L.), « The Limitations upon the Amending Power », *Harvard Law Review*, vol.XXXIII, 1919-1920, p.233-234.
- MASSOT (Jean), « Article 10 », in François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de-), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2^e édition, 1987, p.397-408.
- MAUS (Didier), « Sur 'la forme républicaine du gouvernement' », Commentaire sous C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, « Maastricht II », *Revue française de droit constitutionnel*, n°11, 1992, p.412.
- MICHAUT (Françoise), « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », in Paul Amssek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, p.265-280.

- MICHAUT (Françoise), « Réalisme », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.509 et s.
- MIRANDA (Jorge), Intervention à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, sur « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle », in Thierry Di Manno, Ferdinand Mélin-Soucramanien et Joseph Pini, Le compte-rendu de cette Table ronde, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 19, 1994, p.661.
- MITTERRAND (François), « Sur les institutions » (Entretien avec Olivier Duhamel), *Pouvoirs*, n° 45, avril 1988, p.131-139.
- MODUGNO (Franco), « Validità », in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè editore, Varese, 1993, p.1-84.
- MOREAU (Antide), « La haute trahison du président de la République », *Revue du droit public*, 1987, p.1451-1602.
- MORSCHER (Siegbert), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport autrichien présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduit par Ulrike Steinhorst), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.25-60.
- O'CONNEL (Peter), « Les procédures de révision constitutionnelle » (Le rapport adopté par l'Association des Secrétaires généraux des Parlements), in *Informations constitutionnelles et parlementaires*, 1978, 3^e série, n° 114, p.36-61.
- OST (François), « Validité », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.636 et s.
- PAPASAVVAS (Savvas S.), « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle » Rapport chypriote présenté à la X^e Table-ronde internationale d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, in *Révision de la constitution et justice constitutionnelle*, Documents provisoires, Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, Aix-en-Provence, 1994, p.35-54 (Texte photocopie) (Les communications présentées à cette table ronde seront prochainement publiées dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994)
- PATTORA (Enrico), « Réalisme juridique scandinave », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.511 et s.
- PECZENIK (Alexander), « The Concept 'Valid Law' », *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 16, 1972, p. 213-251.
- PERELMAN (Chaïm), « L'idée de justice », in *Le Droit naturel, Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F., 1959, p.124 et s.
- PFERSMANN (Otto), « De la justice constitutionnelle à la justice internationale : Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, n°16, p.761-789.
- PFERSMANN (Otto), « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale : théorie, pratique, limites », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.7-65.
- PHILIP (Loïc), « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, t.II, p.3317-337.
- PICART (Etienne), « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », *Revue française de droit administratif*, 1993, p.47-54.
- PONTIER (Jean-Marie), « La République », *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 31^e Cahier, Chronique, XLVIII, p.239-246.
- POWELL (Thomas Reed), « The Supreme Court and the Constitution », *Political Science Quarterly*, vol. 35, 1920, p.411-430.
- PRELOT (Marcel), « Sur l'interprétation coutumière de l'article 11 », *Le Monde*, 15 mars 1969.

- PREVOST Jean-François, « Le droit référendaire dans l'ordonnement juridique de la Constitution de 1958 », *Revue du droit public*, 1977, p.13.
- PUGET (Henry) et SECHE (Jean-Claude). « La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français », in Jacques Bernard Herzog, Georges Vlachos et Marcel Waline (sous la direction de-), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les Editions de l'Epargne, 1961, p.71-95.
- QUERMONNE (Jean-Louis), « République », in Olivier Duhamel et Yves Meny (sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.921-924.
- RIALS (Stéphane), « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle : à propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La Revue administrative*, juillet 1979, p.265-273.
- RIALS (Stéphane), « Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^e République », *Revue du droit public*, 1984, p.587-606.
- RIALS (Stéphane), « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1986, p.57-76.
- RIVERO (Jean), « Rapport de synthèse », in Louis Favoreu (sous la diction de-), *Cours européennes et droits fondamentaux*, Actes du Colloque d'Aix-en-Provence des 19, 20 et 21 février 1981, Paris, Economica et P.U.A.M., 1982, p.528-529.
- ROGRIGEZ-PINERO Y BRAVO FERRER (M.) et LEGUINA VILLA (J.) (avec le concours de J. Garcia Roca et M. Sanchez Moron), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport espagnol présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduit par P. Bon), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.99-132.
- ROSS (Alf), « On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law », *Mind*, 1969, p.1-24
- ROUGEAUX (Jean-Pierre), « La Haute Cour de justice sous la V^e République », *Revue du droit public*, 1978, p.1019-1053.
- ROUSSEAU (Dominique), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992 », *Revue du droit public*, 1993, p.16-20.
- ROUSSILLON (Henry), « Le devenir du 'projet Pompidou' de 1973 : réflexions sur le temps dans la procédure constitutionnelle », in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p.91-103.
- SAUVIGNON (Edouard), « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux », *Revue du droit public*, 1981, p.989-1015.
- SCHLAICH (Klaus), « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux : Tribunal constitutionnel fédéral allemand », Rapport allemand présenté au II^e Colloque d'Aix-en-Provence des 19-20 et 21 février 1981, in Louis Favoreu (sous la direction de-), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p.103-164.
- SUDRE (Frédéric), « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », (Note sous Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*), *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, p.216-220.
- TERNEYRE (Philippe), « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », in Pierre Bon (sous la coordination de-), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais*, (Journées d'études des 9 et 10 novembre 1990, à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour), Paris, Economica, 1992, p.35-69.
- TOINET (Marie-France), « Le 27^e amendement de la Constitution des Etats-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, n°19, 1994, p.609-610.
- TRIBE (Laurence H.), « A Constitution We Are Amending : in Defence of a Restrained Judicial Role », *Harvard Law Review*, vol.97, 1983, p.433-444.
- TROPER (Michel), « Constitution » in André-Jean ARNAUD (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.103-104.

- TROPER (Michel), « Justice constitutionnelle et démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, p.31-48.
- TROPER (Michel), « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p.518-529.
- TROPER (Michel), « La Constitution de 1791 aujourd'hui », *Revue française de droit constitutionnel*, n°9, 1992, p.3-14.
- TROPER (Michel), « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs*, n°4, 1978, p.61-72.
- TROPER (Michel), « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », Communication présentée au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.13-33.
- TROPER (Michel), « Le droit, la raison, la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p.186-192.
- TROPER (Michel), « Le positivisme comme théorie du droit », Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E.Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, p.273-286.
- TROPER (Michel), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, p.133-151.
- TROPER (Michel), « Norme (en théorie du droit) », in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, p.407.
- TROPER (Michel), « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », in Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, p.117-137.
- TROPER (Michel), L'intervention dans le débat suivi de sa communication sur « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 » présentée au Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, p.32.
- TURPIN (Dominique), « Parfaire l'Etat de droit en reformant ou supprimant la Haute Cour de justice », *Les Petites affiches*, 4 mai 1992, n° 54, p.40-44.
- TURPIN (Dominique) et MENEVSE (Akif), « Turquie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol.VIII, 1992, 729-759.
- VANQUICKENBORNE (Marc), « Quelques réflexions sur la notion de validité », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p.185-184.
- VEDEL (Georges), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p.79-97.
- VEDEL (Georges), « Introduction », in *La Constitution et l'Europe*, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Paris, Montchrestien, 1992, p.23-31.
- VEDEL (Georges), « La compétence de la Haute-Cour », in *Mélanges dédiés à M. le professeur Joseph Magnol*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p.393-422.
- VEDEL (Georges), « Le droit par coutume », *Le Monde*, 22-23 décembre 1968.
- VEDEL (Georges), « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la Société de législation comparée*, 1984, p.265-288.
- VEDEL (Georges), « Place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité' », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, (Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989, p.35-64.
- VEDEL (Georges), « Shengen et Maastricht : à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *Revue française de droit administratif*, 1992, p.173-184.
- VELU (Jacques), « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », Rapport présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.225-240.
- VIRALLY (Michel), « Notes sur la validité du droit et son fondement », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, p.452-467.

- VIRALLY (Michel), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris Editions A. Pedone, 1964, p.487-505.
- WALINE (Marcel), « Introduction » in Jacques Bernard Herzog, Georges Vlachos et Marcel Waline (sous la direction de-), *La promulgation, la signature et la publication des textes législatives en droit comparé*, Paris, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les Editions de l'Épargne, 1961, p.1-11.
- ZIERLIEN (Karl-Georg), L'intervention orale à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), in *Hierarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, Ankara, Editions de la Cour constitutionnelle turque, 1990, Tome V : Exposé et discussions, p.178-180.
- ZIMMER (Willy), « La réforme constitutionnelle du droit d'asile en République fédérale d'Allemagne : la porte étroite », *Revue française de droit constitutionnel*, n°19, 1994, p.611-620.

V. RECUEILS DE TEXTES ET DOCUMENTS

- ANCEL (Marc) et MARX (Yvonne), *Les codes pénaux européens*, Paris, Centre français du droit comparé, 1971, t.II et IV.
- Constitution de la République turque de 1982* (Traduction établie par la Direction générale turque de la presse et de l'information), Ankara, Présidence du Conseil, Direction générale turque de la presse et de l'information, 1982.
- Corpus constitutionnel*, Leiden, E. J. Brill, 1968-1974 (dernière fascicule: Tome II, Fascicule 1).
- DELPÉREE (Francis) VERDUSSEN (Marc) et BIVER (Karine), *Recueil des Constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- DUVERGER (Maurice), *Constitutions et documents politiques*, Paris, P.U.F., 1993.
- LAVROFF (Dmitri Georges) et PEISER (G.), *Les constitutions africaines*, Paris, Editions A. Pédone, (Tome I : « L'Afrique noire francophone », 1964 ; Tome II, « Etats anglophones », 1964).
- MAUS (Didier), *Textes et documents sur la pratique institutionnelle de la V^e République*, Paris, La Documentation française, 2^e édition, 1982.
- MENY (Yves), *Textes constitutionnels et documents politiques*, Paris, Montchrestien, 1989.
- MIRKINE-GUETZEVITCH (Boris), *Les constitutions européennes*, Paris, P.U.F., 1951, 2 tomes.
- OBERDORFF (Henri) (textes rassemblés et présentés par), *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, Paris, La Documentation française, 2^e édition, 1994.
- PEASLEE (Amos J.), *Constitutions of Nations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 3^e édition par Dorothy Peaslee Xydis, (vol. I : « Africa », 1965 ; vol. II : « Asia, Australia and Oceania », 1966 ; vol. III : « Europe », 1968 ; vol. IV : « Americas », 1970).
- REYNTJENS (F.) (rédacteur général), CONAC (G.), DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), READ (J. S.), SLINN (P. E.), VANDERLINDEN (J.). (rédacteurs associés), *Constitutiones Africae*, Bruxelles - Paris, Bruylant - Pédone, (Publication sur feuilles mobiles), (vol.I, 1988 ; vol.II, 1989 ; vol.III, 1990 ; vol.IV, 1992).

VI. OUVRAGES ET ARTICLES EN LANGUE TURQUE

A. OUVRAGES

- ALDIKAÇTI (Orhan), *Anayasa Hukukumuzun Gelismesi ve 1961 Anayasasi* [Le développement de notre droit constitutionnel et la Constitution de 1961], Istanbul, Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayinlari, 1982.
- ÇAGLAR (Bakir), *Anayasa Bilimi* [Science constitutionnelle], Istanbul, BFS Yayinlari, 1989.
- DAL (Kemal), *Türk Esas Teskilat Hukuku* [Droit constitutionnel turc], Ankara, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksek Okulu Basimevi, 1984.

- EROGUL (Cem), *Anayasayı Degistirme Sorunu : Bir Mukayeseli Hukuk Incelemesi* [La question de révision constitutionnelle : une étude de droit comparé], Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayinlari, 1974.
- GÖZÜBÜYÜK (A. Seref), *Anayasa Hukuku* [Droit constitutionnel], Ankara, S Yayinlari, 1991.
- HOCAOGLU (A. Seref) et OCAKÇIOGLU (Ismet), *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi [La Constitution et la Cour constitutionnelle]*, Ankara, Ayyildiz Matbaasi, 1971.
- KIRATLI (Metin), *Anayasa Yargisinda Somut Norm Denetimi* [Le contrôle concret des normes dans la juridiction constitutionnelle], Ankara, Sevinç Matbaasi, 1966.
- KAPANI (Münci), *Politika Bilimine Giris* [Introduction à la science politique], Ankara, Bilgi Yayınevi, 1988.
- KUBALI (Hüseyin Nail), *Anayasa Hukuku Dersleri* [Les leçons de droit constitutionnel], İstanbul, Kutulmuş Matbaasi, 1971.
- KUZU (Burhan), *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdigi Yenilikler* [Les caractéristiques fondamentales de la Constitution de 1982 et ses nouveautés], İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.
- ONAR (Erdal), *1982 Anayasasında Anayasayı Degistirme Sorunu* [La question de révision constitutionnelle sous la Constitution de 1982], Ankara, 1993.
- ÖZBUDUN (Ergun), *Türk Anayasa Hukuku* [Droit constitutionnel turc], Ankara, Yetkin Yayinlari, 3^e édition, 1993.
- ÖZTÜRK (Kazim), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasi* [La Constitution de la République de Turquie], Ankara, Ajans-Türk Matbaasi, 1966, vol.II.
- PARLA (Taha), *Türkiye'de Anayasalar* [Les Constitutions en Turquie], İstanbul, 1991.
- SAGLAM (Fazil), *Temel Hakların Sinirlanmasi ve Özü* [La limitation des droits fondamentaux et leur essence], Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayinlari, 1982.
- SAN (Coskun), *Anayasa Degisiklikleri ve Anayasa Gelismeleri* [Les révisions et les évolutions constitutionnelles], Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayinlari, 1974.
- SOYSAL (Mümtaz), *100 Soruda Anayasasının Anlami* [Le sens de la Constitution en 100 questions], İstanbul, Gerçek Yayınevi, 4^e édition, 1977.
- SOYSAL (Mümtaz), *100 Soruda Anayasasının Anlami* [Le sens de la Constitution en 100 questions], İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1990.
- TANÖR (Bülent), *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* [Les droits sociaux en droit constitutionnel], İstanbul, May Yayinlari, 1978.
- TEZİÇ (Erdogan), *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavrami* [La notion de loi en Turquie d'après la Constitution de 1961], İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayinlari, 1972.
- TEZİÇ (Erdogan), *Anayasa Hukuku* [Droit constitutionnel], İstanbul, Beta, 1991.
- YAYLA (Yildizhan), *Anayasa Hukuku Ders Notlari* [Les leçons de droit constitutionnel], İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.

B. ARTICLES

- AKAD (Mehmet), « Anayasa Yargisi Üzerine Gözlemler » [Les observations sur la juridiction constitutionnelle], *Yargi* [Juridiction], n°37, mai 1979, p.39-43.
- ALIEFENDIOGLU (Yilmaz), « Türk Anayasa Yargisinda İptal Davasi ve İtiraz Yolu » [L'action en annulation et la voie d'exception dans la juridiction constitutionnelle turque], *Anayasa Yargisi* [Juridiction constitutionnelle], Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayinlari, 1984, p.99-137.
- ARIK (Kemal Fikret), « Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında » [A propos de notre Cour constitutionnelle nouvelle], *Adalet Dergisi* [Revue de justice], Vol.52, septembre-octobre 1961, p.831-849.
- AZRAK (A. Ülkü), « Türk Anayasa Mahkemesi » [Cour constitutionnelle turque], *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasi* [Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul], Vol.XXVIII, 1962, n°3-4, p.649-700.

- DURAN (Lûtfi), « Türkiye'de Anayasa Yargisinin Islevi ve Konumu » [La fonction et la situation de la juridiction constitutionnelle en Turquie], *Anayasa Yargisi* [Juridiction constitutionnelle], Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayinlari, 1984, p.55-87.
- EROGUL (Cem), « Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yildönümü ve Birkaç Öneri » [Le vingtième anniversaire de la Cour constitutionnelle et quelques propositions], *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* [Revue de la Faculté des sciences politiques de l'Université d'Ankara], Vol.XXXVII, 1982, n°3-4, p.131-136.
- KUBALI (Hüseyin Nail), « Anayasa Degisikligi » [La révision constitutionnelle], *Milliyet*, 8 septembre 1971.
- SEÇKİN (A. Recai), « Anayasaya Aykirlilik Kavraminin Tanimlanmasi Yolunda Bir Deneme » [Essai pour la définition de la notion de non-conformité à la constitution], *Kemal Fikret Arik'a Armagan* [Mélanges offerts à Kemal Fikret Arik], Ankara, 1973, p.403-462.
- SERİM (Ekrem), « Anayasayi Degistirme Sorunu » [La question de révision constitutionnelle], *Ankara Barosu Dergisi* [Revue du Barreau d'Ankara], Vol.34, 1977, n°1, p.33-37.
- SEROZAN (Rona), « Anayasayi Degistirme Yetkisinin Sinirlari » [Les limites de la compétence de révision constitutionnelle], *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasi* [Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul], Vol.XXXVII, n°1-4, 1972, p.135-141.
- SOYSAL (Mümtaz), « Türkiye'de Anayasa Yargisinin Islevi ve Konumu » [La fonction et la situation de la justice constitutionnelle en Turquie], in *Anayasa Yargisi* [Justice constitutionnelle], Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayinlari, 1984, p.88-97.
- SOYSAL (Mümtaz), « Ek Kosul » [Condition supplémentaire], *Milliyet*, 9 juin 1987.
- TURHAN (Mehmet), « Anayasaya Aykiri Anayasa Degisiklikleri » [Les révisions constitutionnelles contraires à la Constitution], *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* [Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Ankara], vol.XXXIII, 1976, n°1-4, p.63-104.
- TÜRK (Hikmet Sami), « Siyasal Yasaklar ve Anayasa Mahkemesi » [Les interdictions politiques et la Cour constitutionnelle], *Yanki*, n°845, 8-14 juin 1987, p.17.
- TÜRKÇAPAR (Tahsin), « Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapilan Degisiklikleri Denetleme Yetkisi » [La compétence de la Cour constitutionnelle à contrôler les révisions de la Constitution], *Yargitay Dergisi* [Revue de la Cour de Cassation], vol.IV, 1978 (janvier-avril), n°1-2, p.25-39.
- YAYLA (Yildizhan), « Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü » [L'essence de la République selon la Cour constitutionnelle], *Hifzi Timur'un Anisina Armagan* [Mélanges offerts à la mémoire de Hifzi Timur], Istanbul, I.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarasi Münasebetler Enstitüsü Yayini, 1979, p.973-1040.
- YAYLA (Yildizhan), « 1982 Anayasasina Göre Devletin Özü » [L'essence de l'Etat selon la Constitution de 1982], *Idare Hukuku ve Ilimleri Dergisi* [Revue du droit et des sciences administratives], 1983, n° 1-3, p.133-149.

INDEX DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE ETUDIEE

(Les chiffres en caractères italiques renvoient aux pages)

I. LA COUR CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE

Décision du 15 décembre 1970 : *501-503, 506.*

Décision du 23 avril 1991 : *503-505, 506-507.*

II. LA COUR CONSTITUTIONNELLE AUTRICHIENNE

Décision du 12 décembre 1952 : *515-417.*

Décision du 23 juin 1988 : *517.*

Décision du 29 septembre 1988 : *517-519.*

III. LA COUR SUPREME DES ETATS-UNIS D'AMERIQUE

Hollingsworth v. Virginia (1798) : *480.*

Myers v. Anderson (1915) : *481.*

National Prohibition Cases (1920) : *481.*

Hawke v. Smith (1920) : *482-484.*

Dillon v. Gloss (1921) : *484.*

Leser v. Garnet (1922) : *485.*

United States v. Sprague (1931) : *486.*

Coleman v. Miller (1939) : *487-490.*

IV. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire* : *527-531, 532-541.*

Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)* : *549-563.*

Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne (Maastricht III)* : *531-532, 533-534.*

V. LA COUR CONSTITUTIONNELLE TURQUE

Décision n° 1970-31 du 16 juin 1970, *Restitution des droits politique* : *570-577, 581-611.*

Décision n° 1971-37 du 3 avril 1971, *Report des élections du Sénat* : *577-581, 581-611.*

Décision n° 1975-87 du 15 avril 1975, *Durée de la détention provisoire, Tribunaux de sûreté d'Etat, Tribunaux militaires* : *615-624.*

Décision n° 1976-19 du 23 mars 1976, *Expropriation I* : *624-626.*

Décision n° 1976-46 du 12 octobre 1976, *Expropriation II* : *626-629.*

Décision n° 1976-47 du 12 octobre 1976, *Expropriation III* : *629-630.*

Décision n° 1977-4 du 27 janvier 1977, *Conseil supérieur des juges* : *630-633.*

Décision n° 1977-117 du 27 septembre 1977, *Conseil supérieur des procureurs* : *633-635.*

Décision n° 1987-15 du 18 juin 1987, *Abrogation de l'article transitoire 4* : *667-675.*

[Page laissée intentionnellement vide]

INDEX ONOMASTIQUE

A

Aarnio, 242-243; 251; 253-254; 261; 262; 273;
645; 686.
Aguila, 197.
Akad, 593, 603
Akar, 643
Akçayakalioglu, 635.
Aksoy, 601; 605.
Aldikaçti, 604; 607; 608.
Alexy, 261.
Aliefendioglu, 655; 656; 663.
Amselek, 209; 235; 236; 244; 270.
Amson, 416.
Ardant, 21; 25; 26; 126; 154; 155; 156; 199;
378.
Arik, 601.
Arné, 291-293; 295; 311; 340.
Arnoult, 141.
Atienza, 210; 213; 240.
Aubert, 361; 362.
Auby (J.-M.), 325; 447.
Autexier, 119.
Auvret, 416.
Aydemir, 412.
Azrak, 597.

B

Bachoff, 593.
Badinter, 323.
Baguenard, 10; 46; 47.
Bard et Robiquet, 418.
Barthélemy et Duez, 9; 10; 11; 96; 97; 120;
181; 182; 376; 415.
Bastid, 10; 67-69.
Batailler, 303.
Battelli, 366.
Baudrez, 296; 323; 498.
Beaud, 13; 32-45; 34; 37; 38; 39; 40; 41; 42;
43; 86; 102-109; 145-146; 189; 300-301;
309; 311; 323-325; 379; 393; 502-507; 535;
548; 552-553; 557-558; 560; 713..
Béguin, 500; 706.
Benditt, 253.
Bentham, 246.
Berlia, 9; 21; 28; 159; 366.
Besson, 415; 416; 418.
Bilge, 604.

Biscaretti di Ruffia et Rozmaryn, 10; 11; 120;
122; 126; 183; 184; 193.
Black, 489.
Bobbio, 230; 244; 246; 251.
Bonnard, 10; 15; 20; 21; 23; 24; 43; 48; 713.
Bourdon, 10.
Bousquet de Florian, 141.
Branchet, 126; 130; 139; 149; 198.
Bridel et Moor, 356; 360.
Buerstedde, 508-510.
Burckhardt, 184; 190
Burdeau, 8; 19-20; 25; 28; 29; 43; 50-53; 57;
59; 63-74; 76-78; 82; 84; 88; 89; 90; 95; 96;
99-100; 103; 109; 122; 184-185; 194; 227-
228; 354; 366; 713.
Burdeau, Hamon (Francis) et Troper, 8; 13; 15;
21; 110; 120; 122; 198; 415; 448.
Butler, 490.

C

Cadart, 10; 11; 15; 153.
Cadoux, 15; 23; 121.
Çaglar, 666.
Cappelletti et Cohen (W), 459; 478; 479.
Cappelletti, 459; 478; 479.
Carbonnier, 222; 235; 270.
Cardoso Da Costa, 336; 348.
Carré de Malberg, 8-20; 24; 37; 93-94; 108;
189; 190; 207; 307-309; 393; 395; 467; 713.
Carreau, 340 345; 348.
Célérier, 230.
Chanollaud, 152.
Chantebout, 22; 26; 47; 122; 198.
Chapus, 447.
Château, 296.
Chérot, 331.
Cohen, 252; 255.
Cohen-Jonathan, 342; 346.
Cole, 508; 510; 511; 515-516; 519.
Collas, 504-507.
Conac, 49; 110; 159; 536-537.
Cornu, 220.
Cushman (R.E), 479-493.
Cushman (R.E) et Cushman (R.F), 479-493.

D

Dabin, 209.
Daillier, 344.

Dal, 603.
 Darbellay, 295; 357; 360; 366.
 David, 301; 302.
 Debbasch, 11; 26; 122; 126.
 Delcros, 415.
 Dellinger, 479-493; 701.
 Delpérée, 46; 82; 303; 365.
 Delvolvé, 317.
 Desmottes, 415.
 Di Mano, 316; 328.
 Dinh (Nguyen Quoc), 344.
 Douglas, 489.
 Dowling, 479-493.
 Drago, 447.
 Duguit, 65; 198; 206; 297; 298-299; 395; 307;
 415.
 Duhamel, 46.
 Duprat, 414.
 Dupraz, 67; 70.
 Duverger, 156; 159; 194; 415.
 Dziaskocha, 591.

E

Ecemis, 643.
 Ergec, 567.
 Erogul, 570; 586; 588; 594; 597; 603; 604.
 Escarras, 71; 110; 537; 595.
 Esmein, 63; 193; 208; 307; 308; 392; 396; 399;
 416.
 Esmer, 643.

F

Fabre, 11; 21; 46; 138.
 Favoreu, 86; 139; 150; 200; 285; 288; 285;
 288; 299; 304; 314; 321-322; 329; 342; 347;
 367; 459; 477; 528; 534; 537; 548; 556;
 558.
 Favoreu et Philip, 297; 314; 367; 529-530; 538;
 548; 558-559; 563; 708.
 Favre, 356.
 Flauss, 317.
 Fonteneau, 141.
 Foyer, 415; 417-418.
 Franck, 528-532; 534.
 Frankfurter, 489.
 Frierson, 492.
 Frochot, 72.

G

Fromont, 502-503; 507.
 Gaulle (de), 158.
 Gaxie, 139; 148; 150; 154; 155.
 Gélard, 23.

Genevois, 315; 320; 320; 322; 356; 367; 550;
 553.
 Giacometti, 356.
 Gianfomaggio, 244.
 Gicquel, 10; 11; 13; 47; 150; 159; 416.
 Goguel, 158; 316; 316; 328; 525.
 Gölcüklü, 342; 346.
 Graper (E.D.) et Carman (H.J.), 483.
 Grzegorzczak, 3; 4; 80; 83; 246; 252; 261; 307.
 Guastini, 209; 220; 223; 256.

H

Hallier, 396.
 Hamon (Léo), 49; 108; 299; 300; 323; 528-530;
 533; 536.
 Hamzaoglu, 671-672.
 Hart, 221; 244; 685; 686.
 Hauriou (André), 23.
 Hauriou (Maurice), 99; 103; 140; 193; 297-
 298; 303; 393; 393; 415; 418.
 Héraud, 21; 23; 25; 28; 50; 183; 190; 194; 210;
 213; 240; 266-267; 362.
 Herzog, 335.
 Holmes, 254.

I

Isaac, 342; 345.

J

Jeanneau, 15; 26; 47.
 Jefferson, 183.
 Jouanjan, 512.
 Jouffret-Spinosi, 302.

K

Kauper, 479-493; 508-509.
 Kazan, 671.
 Kelsen, 3; 46; 93; 210-212; 214; 222; 223 228-
 232; 237-239; 243-246; 249; 250; 257-260;
 261-266; 268-276; 306; 325; 340; 344; 350;
 344; 350; 373; 375; 380; 383; 389-391; 400;
 403-404; 410-411; 413; 422; 437; 443; 445-
 447; 454; 463; 465; 467-469; 543; 677-681;
 687..
 Kiratli, 597.
 Klein, 22.
 Koubi et Romi, 13.
 Kubali, 592.
 Kuralman, 600; 601; 604.
 Kuzu, 585; 594; 606; 641.

L

Laboulaye, 9; 25.

Lafferrière, 27; 70; 120; 121; 139; 184; 181-184; 366.
 Lambert, 481.
 Lampué, 158; 525.
 Lascoumes, 250.
 Laubadère et Delvolvé, 317.
 Lavroff, 74; 89; 141; 149; 156; 159; 189; 195; 371; 379; 384; 419; 435; 533; 546; 547 .
 Leisner, 64.
 Lenaerts, 492.
 Liet-Veaux, 141; 181; 183; 359; 366.
 Lijphart, 142.
 Lindon, 416.
 Llewellyn, 252; 256.
 Loukitch, 209.
 Luchaire, 49; 108; 140; 142; 148; 200; 318; 329; 361; 393; 531-533; 536; 546-547; 549; 553-558; 560; .
 Luciani, 63; 200; 335; 495.
 Lutz, 698.

M

Madiot, 345.
 Marbury, 482.
 Mason, 453.
 Massot, 395; 415.
 Maus, 139; 141.
 Mazeaud, 563.
 McReynolds, 490.
 McWhinney, 23.
 Menevse, 660.
 Michaut, 251.
 Miranda, 51.
 Mitterrand, 159.
 Monnerville, 528; 532.
 Montesquieu, 7.
 Moor, 356.
 Moreau, 415.
 Morscher, 514; 516-518.

O

O'Connel, 118.
 Onar, 165-168; 173; 175; 176; 586; 597; 636; 641; 657; 661-664; 671.
 Ost, 222; 226; 242; 243.
 Ost et van de Kerchove, 222; 226; 242; 243; 244; 250; 256; 363.
 Özbudun, 166-168; 171; 586; 588; 604-607; 639; 640; 641; 655; 657; 661; 667; 671.
 Özden, 670-671.

P

Pactet, 21; 48; 156; 187; 199; 207; 378.
 Papasavvas, 498; .

Parla, 166.
 Pattaro, 252; 253.
 Peczenik, 221; 225; 261.
 Pellet, 344.
 Perrin, 209; 222; 236; 239; 250.
 Peyrou-Pistouley, 514-521; 706.
 Pfersmann, 10; 11; 200-202; 351; 464; 500-521; 698.
 Philip, 318; 528; 537; 548.
 Pontier, 10; 138.
 Powell, 482.
 Prélot et Boulouis, 15; 21; 48; 395.
 Prélot, 419; 534.
 Prévost, 535.
 Puget, 396.

Q

Quermonne, 138; 139; 152; 159.

R

Rials, 292; 293; 295; 303-304; 311; 317; 321.
 Ricci, 10.
 Rigaux, 118; 119; 183; 184; 187-192; 283; 361; 363.
 Roberts, 489.
 Ross, 201; 203; 223; 251; 252; 259; 263; 645.
 Rougeaux, 416.
 Rousseau (Charles), 344.
 Rousseau (Dominique), 13; 151; 315; 331; 332; 546-547; 552; 554; 556-559; .
 Rousseau (Jean Jacques), 70-71.
 Roussillon, 157; 315; 329.
 Rozmaryn, 591.

S

Saglam, 590.
 Saint Augustin, 244.
 Saint Thomas d'Aquin, 242.
 San, 592.
 Sauvignon, 394; 399.
 Schlaich, 503.
 Schmitt, 30-32; 36; 37; 38; 41; 75; 101; 102; 103; 108; 357; 357; 358; 359; 713.
 Séché, 396.
 Seçkin, 585.
 Serim, 592.
 Serozan, 583; 592; 593; 601.
 Serverin, 250.
 Shawi, 13; 198.
 Sieyès, 8; 14; 60-64; 66-68; 77; 79; 296.
 Soysal, 166; 585; 604; 606; 607; 639; 671.
 Starck, 499.
 Strömholm, 252.
 Strong, 493.

Sudre, 342; 343; 346.

T

Terneyre, 327.

Teziç, 176; 594; 607.

Toinet, 488.

Tribe, 492; 701.

Troper, 3; 10; 127; 128; 129; 132; 159; 231;
211; 230; 235; 259; 380; 423; 434-435; 467;
544; 658; 659; 680; 685-692.

Turhan, 603; 604; 606.

Türk, 671

Türkçapar, 607; 608.

Turpin, 11; 25; 47; 142; 320; 396; 415; 419;
538; 547; 660.

U

Uluç, 643.

Uluocak, 582; 587.

Üner, 635.

V

Vanquickenborne, 266.

Vedel, 9; 11; 12; 13; 15; 21; 25; 28; 29; 40; 42;
96; 139; 141; 183; 184; 186; 198; 230;
287-288; 291; 299; 302-306; 309-310;
313-314; 318-320; 322; 326; 328; 329; 330;
332; 416-419.

Velu, 21; 48; 303.

Villa, 252.

Virally, 220; 222; 236; 268; 340.

Vogel, 252.

W

Waline, 394.

Wigny, 10; 11; 301; 355.

Wroblewski, 242; 250.

Y

Yayla, 165; 590; 602; 603; 605; 606; 640; 655;
666.

Z

Zapperi, 8.

Zarbun, 587; 600.

Zierlien, 336.

Zimmer, 511.

INDEX THEMATIQUE

A

acceptabilité, 243.
accidentalia, 361.
acte constituant, 31.
acte de souveraineté, 39, 324.
Afghanistan, 118.
Algérie, 118; 119; 127; 128; 129.
Allemagne, 119; 128; 130; 345.
–*contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles*, 499-512.
–expropriations antérieures à octobre 1949, 506.
–jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande des années cinquante, 508.
–loi constitutionnelle du 24 juin 1968, 501, 502.
–Loi fondamentale de 1949
–articles 1 et 20, 119-120; 335.
–article 79, paragraphe 3, 119; 192; 200; 335; 499.
–postulats fondamentaux de la justice, 507; 508.
–traité d'Union, 504.
annulabilité, 445; 447.
approbation de la révision, 155.
Argentin, 127.
assemblée constituante, 128.
atteinte à la souveraineté nationale, 145.
attentat contre la Constitution de l'Etat, 408.
Australie, 129; 131; 133; 134.
Autriche, 130; 131; 133; 134.
–*contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles*, 512-521.
–révision totale, 514; 516; 520.
–révision partielle, 513; 520.
–contrôle de la constitutionnalité formelle, 515; 520.
–principes directeurs de Constitution, 516.
avortement, 343.

B

Bahreïn, 119.
barrières de papier, 182.
bases fondamentales du système politique, 354.
Belgique, 122; 123; 128; 135; 301; 354.
bicaméralisme égalitaire, 154.
bien commun, 294.

bien politique, 357; 295.
bien-être, 294.
bloc de constitutionnalité, 287; 313-318.
–*lato sensu*, 314.
–*stricto sensu*, 314.
Bolivie, 127.
Brésil, 127; 128 ; 132.
Burundi, 127.

C

calcul de la majorité qualifiée, 158.
Cameroun, 118; 119; 127; 129.
Child Labor Amendment, 487; 489.
Chili, 128; 129.
choix entre le référendum et le Congrès, 155.
choix global de l'unité politique, 357.
Chypre, 598.
clauses irréformables, 119.
co-auteur des lois constitutionnelles, 691.
co-pouvoir de révision constitutionnelle, 659; 691.
Code pénal français, 408; 442.
Code pénal italien, 408.
Code pénal turc, 407.
Colombie, 128; 341.
complot, 409.
concessions des taxis, 517.
condition d'existence de l'Etat, 145.
conditions de forme, 123, 137; 152.
conditions de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle, 261-276.
–condition *per quam*, 267-268.
–conditions *sine qua non*, 268-276.
conflit entre les droits fondamentaux, 322.
confusion entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé, 50.
Conseil supérieur des procureurs, 633.
constitution
–définition formelle, 10-12.
–définition matérielle, 10-12; 331; 360.
–conception juridique, 691; 693.
–conception mécaniste, 434, 658, 691-694 .
constitution 'duale', 367.
constitution *bis*, 367.
constitution politique, 297.
constitution sociale, 297.
continuité du service public, 302.
contrôle concret des normes, 706.

contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, 451-713.

–en Allemagne, 499-512.

–en Autriche, 512-521.

–aux Etats-Unis, 479-493.

–en France, 523-563 .

–en Italie, 495-499.

–en Turquie, 565-694.

contrôle de la constitutionnalité des lois

constitutionnelles par le chef de l'Etat, 391.

contrôle de la constitutionnalité formelle, 472.

contrôle de la constitutionnalité matérielle, 472.

Convention européenne des droits de l'homme, 342; 343; 346.

convention, 128.

Corée du Sud, 127; 129; 134.

corrélation entre la validité formelle et l'efficacité, 263.

Costa-Rica, 128.

Côte d'Ivoire, 118; 130.

coup d'Etat, 409.

coups d'Etat avortés, 411.

coup d'Etat militaire du 12 septembre 1982, 412.

coup d'Etat militaire du 27 mai 1960, 411.

coup d'Etat réussi, 411.

Cour de justice de la République, 438.

Cour de justice des Communautés européennes, 341; 345.

Cour européenne des droits de l'homme, 343; 345; 346.

Cour permanente de justice internationale, 341; 345.

coutume, 286, 293.

–à valeur supraconstitutionnelle, 302, 303, 310.

–préconstitutionnelle, 303.

Cuba, 128; 133; 388.

D

Dahomey, 130.

Danemark, 128; 133; 134.

Dantzig, 341.

date de la première décision sur la validité d'une loi constitutionnelle, 696.

décentralisé (modèle du contrôle de la constitutionnalité), 477.

décisions politiques fondamentales, 358.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, 40; 230; 293; 296; 297; 299; 307; 308; 309; 314; 316; 317; 318; 320; 321; 326, 327; 333; 328; 331.

Déclaration de l'an III, 308.

déclaration de non-conformité, 448.

décret de promulgation, 396.

délai raisonnable, 489.

demande d'une nouvelle délibération, 132.

déroulement de la procédure référendaire, 157.

désuétude, 273.

deux libérations successives, 128.

différences entre le droit international et le droit étatique, 350.

difficulté de la saisine dans la voie d'action, 706.

dignité de la personne, 291.

dilemme de l'efficacité, 253.

dilemme de la sanction, 216.

discriminations à raison de la race ou de la religion, 343.

disparition du pouvoir constituant originaire, 69.

dispositions intangibles, 118.

distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, 7-12 .

distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé, 12-53.

–conception formelle, 15-29.

–conception matérielle, 29-33 .

distinction entre la validité interne et la validité internationale, 347.

dissolution du parlement, 128.

double délibération, 128.

droit communautaire, 341; 346.

droit coutumier supra-constitutionnel, 310.

droit des sociétés primitives, 350.

droit imparfait, 209.

droit international, 339-352.

–conception dualiste, 351.

–conception kelsénienne, 350.

–conception moniste, 351.

–décentralisation, 350, 351, 352.

–imperfection technique, 350.

droit interne, 339; 340.

droit juste, 509.

droit naturel, 243-247; 294; 304; 306; 310; 328; 360.

droit supra-positif, 302.

droits de l'homme, 296; 307; 323.

droits fondamentaux de premier rang, 319; 322; 330.

droits fondamentaux, 293; 295; 319; 320.

droits naturels, 321.

droits permanents, 356.

E

effectivité, 243.

efficacité de l'ordre juridique, 264; 265; 258.

efficacité, 242; 251; 269; 351; 273.

égalité devant la loi, 356.

élaboration de la révision, 128; 154.

Equateur, 129.
 équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, 532.
 Espagne, 123; 126; 128; 129; 130; 131; 134.
esprit de la constitution, 353-365.
 esprit de la loi, 361.
 essence du régime politique, 355.
essentialia, 356; 360.
 état d'exception, 123.
 état d'urgence, 123.
 état de siège, 123.
 étaticité, 309.
 Etats fédéraux, 131.
Etats-Unis, 121; 127; 128; 131; 341; 479.
 –*contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels*, 479-493.
 –Constitution du 17 septembre 1787, art.5, 479.
 –onzième amendement, 480.
 –quinzième amendement, 485.
 –dix-huitième amendement, 481; 482; 484.
 –dix-huitième amendement, 484; 486.
 –dix-neuvième amendement, 485.
 –*Child Labor Amendment*, 487; 489.
 –*judicial self restraint*, 493;
 –*National Prohibition Act*, 484.
 –*political questions*, 493.
 Ethiopie, 130.
 exigences de la justice, 295.
 existence du droit international, 349, 350.
existence matérielle, 225-229.
 existence positive, 288, 313.
 existence spécifique de la norme, 257, 243.

F

fédération, 142.
 Finlande, 128.
 fonction constituante, 29.
 fondement politico-philosophique de la constitution, 354.
 fondements idéologiques de l'Etat, 119.
 force obligatoire, 220; 277.
 forme démocratique de la République, 138.
 forme moderne de l'inaliénabilité de la souveraineté, 309.
 forme monarchique de l'Etat, 118.
 forme républicaine du gouvernement, 40; 118; 137-147; 155; 334; 335; 551.

France

–*limites à la révision constitutionnelle*, 137-163.
 –*contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles*, 523-563.
 –lois constitutionnelles adoptées par le peuple, 525-546.
 –lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement, 546-563.
 –Constitution de 1791, 121; 129; 308; 309.
 –Constitution de l'an III (art.338), 121.
 –Constitution de l'an III, 129.
 –Constitution de 1848 (art.111), 121; 129.
 –Constitution de 1852 (art.31), 126.
 –lois constitutionnelles de 1875, 297; 309.
 –*Constitution de 1946*, 122, 129, 316; 317.
 –préambule, 314; 316-317, 318; 321; 327; 328; 329; 331.
 –article 90, 121.
 –article 95, 122, 129; 137, 198.
 –article 94, 148.
 –*Constitution de 1958*, 317; 318; 321; 329.
 –article 3, 40; 294; 301; 309; 333; 367.
 –article 7, 149.
 –article 11, 158-161.
 –article 16, 149-152.
 –article 23 326.
 –article 55, 348.
 –article 85, 152.
 –article 89 .
 –alinéas 1, 2 et 3, 153-158.
 –alinéa 4, 148.
 –alinéa 5, 137-147.
 –articles 88-2 et 88-3, 40, 323.
 –esprit de la Constitution, 529.
 –loi n°62-1292 du 6 novembre 1962, 527.
 –lois référendaires, 526.
 –loi constitutionnelle du 14 août 1884, 118; 137; 193; 198.
 –loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, 148.
 –loi constitutionnelle du 25 juin 1992, 40, 333.
 fraude à la constitution, 359.

G

Gabon, 118; 127.
 générations futures, 91; 182; 187.
 gouvernement de juges, 306.
 Grèce.
 –Constitution de 1952, 118.
 –Constitution de 1975, 121; 127.
 Guatemala, 128; 127.
 guerre, 350; 351; 352.

H

Haute Cour de justice, 384, 416; 417; 422; 431; 433; 435.

haute trahison, 413-436.

–conception « constitutionnaliste », 415.

–conception « pénaliste », 415.

–solution médiane, 416.

hiérarchie

–formelle, 322, 335.

–matérielle, 320; 322

–hiérarchie juridique proprement dite, 326.

–hiérarchie purement morale ou politique, 326.

–en réalité matérielle, 320.

–positive, 335.

hiérarchie des normes constitutionnelles, 313-334.

hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles, 319-325.

hiérarchie entre les différents textes composant le bloc de constitutionnalité, 313-319.

hiérarchie entre les droits fondamentaux, 320; 331.

hiérarchie entre les normes de droit international et celles de la constitution, 352.

hiérarchie matérielle des droits, 320.

Hollande, 128; 135, 348.

I

idée de droit, 366, 367.

idéologie normative des juges, 645.

immutabilité de certaines matières constitutionnelles, 118.

inaliénabilité de la souveraineté, 300, 309.

inaliénabilité du pouvoir constituant originaire, 300, 309.

incertitudes dans la procédure de révision, 156.

inclinations naturelles de l'homme, 295.

Inde, 133.

inefficacité totale des limites à la révision constitutionnelle, 272.

inexistence objective des principes supraconstitutionnels, 311.

infraconstitutionnalité du droit constitutionnel écrit, 305.

initiative de la révision constitutionnelle, 126-127, 153.

–accordée exclusivement à l'exécutif, 126.

–accordée exclusivement au législatif, 126.

–accordée à l'exécutif et au législatif, 126.

–accordée aussi au peuple, 127.

initiative populaire, 127.

initiatives déraisonnables, 357.

initiatives parlementaires, 127.

initiatives populaires, 127.

initiatives venant de l'exécutif, 127.

injustice flagrante, 295, 360.

intégrité du territoire de l'Etat, 119, 147.

interdiction de réviser la constitution

–dans certaines circonstances, 122.

–en période de régence, 122.

–pendant les états exceptionnels, 123.

interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement, 137-147.

intérim de la présidence de la République, 122; 149.

interprétation, 379

–authentique, 433.

–large ou restrictive, 701.

–théorie classique, 685.

–théorie réaliste, 685, 686; 690.

interruption de la procédure de révision constitutionnelle, 377-385.

invalidité internationale, 347.

Iran, 118; 119.

Irlande, 133, 342.

islamique (caractère-) de l'Etat, 119.

Islande, 128.

Italie, 118; 121; 129; 130; 128; 134; 335.

–Cour constitutionnelle: décision n°38 du 27 février 1957), 495.

–Cour constitutionnelle: décision n°6 du 22 janvier 1970, 595.

–Cour constitutionnelle: décision n°1146 de 1988), 496.

J

Jamaïque, 135.

Jordanie, 133, 388.

judicial activism, 702; 704.

judicial self restraint, 493; 701; 702; 703.

juge international, 345; 349; 352.

juge supranational, 347.

juridicité, 235-242.

juridicité d'un ordre normatif, 237.

Jury constitutionnaire, 68.

jusnaturalisme, 41; 42; 43; 242-247; 106; 289; 304; 310; 321; 360; 508.

justice, 294; 356.

K

Kenya, 128; 130.

Koweït (art.175), 118.

L

law in action, 252.

law in books, 252.

légitimité, 243; 305.
 levée illégale des forces armées, 409.
lex imperfecta, 209.
 Liberia, 135.
 liberté d'opinion, 320.
 liberté de conscience, 320.
 liberté de la presse, 320.
 liberté individuelle, 320, 323.
 libertés de premier et de second rang, 321.
 libertés intangibles, 323.
liberum veto, 71.
 Libye, 127.
 Liechtenstein, 127.
limites à la révision constitutionnelle, 115-365.
 –inscrites dans les textes constitutionnels, 117-276.
 –inventaire, 117-171.
 –en France, 137-161.
 –en Turquie, 163-173.
 –valeur juridique, 179-276.
 –non inscrites dans les textes constitutionnels, 283-365.
 limites de temps, 120, 147.
 limites immanentes, 353.
 limites implicites, 353.
 limites matérielles, 118.
 limites matérielles déduites d'une interprétation doctrinale, 283.
 limites matérielles implicites, 355.
 limites tacites, 353.
 loi référendaire portant autorisation de ratifier le traité de Maastricht, 531.
 lois constitutionnelles adoptées par le peuple.
 –en France, 525-546.
 –en Turquie, 655.
 lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement (en France), 546-563.
 lois organiques, 314.
 Luxembourg, 133.

M

Maastricht, voir traité de Maastricht.
 Madagascar, 118.
 majorité pour l'adoption de la révision
 –relative, 129.
 –absolue, 129
 –majorité qualifiée
 –trois cinquièmes, 129.
 –deux tiers, 129.
 –trois quarts, 130.
 –quatre cinquièmes, 129-130
 –base du calcul
 –sur le nombre des membres du parlement, 130.

–sur le nombre des suffrages exprimés, 130.
 Mali, 118.
 Malte, 133.
 Maroc, 118; 119; 127; 129.
 matières étrangères à l'ordre constitutionnel, 357.
 Mauritanie, 127.
 Mexique, 80, 341.
 minimum d'efficacité, 264; 270; 275.
 minimum d'efficacité des limites à la révision constitutionnelle, 269-276
 minimum de pouvoir de contrôle, 381, 389.
 modalités de l'approbation par le Congrès, 158.
 momentané (caractère-) du pouvoir constituant originaire, 69.
 Monaco, 127.
 monarchie, 139, 141.
 monarchie absolue, 142.
 monarchie démocratique, 142.
 monarchie parlementaire, 142.
 mouvement insurrectionnel, 409.
 mythe de la supraconstitutionnalité, 305.

N

National Prohibition Act, 484.
 Nationalité de Land, 515.
 nature créée et gouvernée par un Dieu juste, 307.
 nature étatique, 145.
 nature intime d'une constitution, 361.
 nature systématique et fondatrice de la souveraineté, 311.
 nécessités de la civilisation contemporaine, 593.
 Nicaragua, 128; 129.
 Niger, 130.
 nombre de décisions, 697.
 nombre des décisions d'annulation, 698.
 non-concordance entre la validité internationale et la validité, 349; 351.
 non-limitation matérielle du pouvoir de révision, 300.
normativité, 229-235.
 norme fondamentale, 257; 258.
 normes constitutionnelles inconstitutionnelles, 509.
 normes de caractère éthique, 291.
 normes de droit international, 285, 339.
 normes de l'éthique objective, 508.
 normes de rang supérieur dans le bloc de constitutionnalité, 288.
 normes de référence, 472.
 normes dépourvues de sanctions, 239.
 normes fondamentales supra-positives, 508.

normes internationales, 285.
 normes juridiquement irrelevantes, 210, 240.
 normes juridiques non indépendantes, 240.
 normes non indépendantes, 211; 214.
 normes non sanctionnées, 209.
 normes primaires, 211.
 normes secondaires, 211; 214.
 normes supraconstitutionnelles nationales, 288.
 normes supraconstitutionnelles, 287349.
 normes supranationales, 285.
 Norvège, 359.
 noyau dur des droits fondamentaux, 319; 321;
 330.
 nullité, 445, 447.
Nullum crimen et nulla poena sine lege, 416,
 443.

O

objectifs de valeur constitutionnelle, 332.
 obligatorité, 220.
 ordre normatif, 257.
 ordre public communautaire, 342.
 ordre transcendant, 357.
 ordres de la conduite humaine, 238.
 ordres juridiques décentralisés, 446.
 organe compétent pour la publication, 390.
 origine constitutionnelle, 289.
 Ouganda, 128.

P

pacta sunt servanda, 340.
 para-supraconstitutionnalité, 287.
 Paraguay, 121.
 Parti démocrate, 572.
 Parti travailliste de Turquie, 570; 571; 573;
 577; 591.
 Pays-Bas, 133.
permanence du pouvoir constituant originaire,
 57-84.
 Pérou, 128; 129.
 Philippines 126; 128; 130.
 pleine supraconstitutionnalité, 287.
 pluralisme, 293.
political questions, 493; 701.
 Pologne, 345.
 Portugal, 118; 119; 120; 121; 130; 389.
 postulats fondamentaux de la justice, 507; 508.
 pouvoir constituant 'supraconstitué', 292.
 pouvoir constituant initial, 12.
 pouvoir constituant institué, 13.
 pouvoir constituant originaire, 12.
 pouvoir constituant *stricto sensu*, 13; 19.
 pouvoir constituant tout court, 13.
 pouvoir déconstituant, 23.

pouvoirs constitués, 7; 10.
 pratique arbitrale, 341.
 présence d'un quorum, 130.
 primauté de la Déclaration de 1789 sur le
 préambule de la Constitution de 1946, 316.
 primauté du droit communautaire, 341.
 primauté du droit international, 344.
 principe de la souveraineté nationale, 293; 299;
 300.
 principe de légalité, 407.
 principe monarchique, 358.
 principes directeurs de la Constitution, 516.
 principes du droit naturel, 294; 306.
 principes éternels, 356.
 principes faisant partie d'un credo politique,
 291.
 principes fondamentaux formant l'essence de la
 constitution, 354.
 principes fondamentaux reconnus par les lois de
 la République, 315.
 principes généraux du droit à valeur
 supraconstitutionnelle, 293, 301; 302; 310.
 principes intangibles, 328.
 principes libéraux, 327.
 principes particulièrement nécessaires à notre
 temps, 315; 316.
*principes supraconstitutionnels proprement
 dits*, 291-311.
 principes suprêmes dans la Constitution
 italienne, 598.
 principes, objectifs de valeur constitutionnelle,
 332.
 procédure d'urgence, 654.
 prohibition de l'alcool, 482.
 promulgation des lois constitutionnelles, 387-
 400.
 promulgation des lois ordinaires, 389, 394.
 proposition « inexistante », 381.
 provocation à une insurrection, à un coup d'Etat
 ou à la guerre, 409.
 puissance normative initiale, 306.

R

raison commune à tous les hommes, 307.
 rapport entre le pouvoir constituant originaire et
 le pouvoir constituant dérivé, 51-52 .
 rapport entre le pouvoir constituant dérivé et les
 autres pouvoirs constitués, 52-53 .
 rapport entre la supraconstitutionnalité et le
 jusnaturalisme, 304.
 ratification de la révision, 131-135.
 –par le chef de l'Etat, 132.
 –par le peuple, 133.
 ratification parlementaire, 324.

rationalisme jusnaturaliste, 307.
 réaction du pouvoir de révision constitutionnelle, 705.
 réalisme juridique américain, 251-252.
 réalisme scandinave, 252-253.
 réalité supraconstitutionnelle, 301.
 recherche du bien politique, 295.
 recours constitutionnel, 706.
 référendum
 –référendum obligatoire, 133.
 –référendum facultatif, 134.
 –à l'initiative d'un certain nombre des parlementaires, 134.
 –à l'initiative des Conseils régionaux, 134.
 –à l'initiative du chef de l'Etat, 134.
 –à l'initiative populaire, 134.
 référendum constituant, 133.
 référendum du 28 septembre 1958, 329.
 référendum populaire, 324.
 régence, 122.
 règle additionnelle, 203.
 règle auto-référentielle, 202.
 règle contre nature, 295.
 règle déraisonnable, 295.
 règle injuste, 295.
 réglementation constitutionnelle, 695.
 règles de référence, 700.
 règles réelles - règles sur le papier, 252.
 renouvellement de la fondation de l'Etat, 23.
 report des élections du Sénat, 577.
 représailles, 350; 351.
 républicaine (interdiction de réviser la forme – du Gouvernement), 137-147.
 République centrafricaine, 127; 118.
 république dictatoriale, 140.
 République française en tant qu'Etat souverain, 145.
 réserves de souveraineté, 39; 324.
 respect de la dignité de la personne humaine, 291; 293.
responsabilité du président de la République pour haute trahison, 413-436.
 responsabilité internationale de l'Etat, 347.
responsabilité pénale des ministres, 437-443.
 réussite de la révolution, 411.
 révision de la constitution par les voies révolutionnaires, 410.
 révision illégale de la constitution, 411.
 révision révolutionnaire, 186.
 révision totale, 133, 514.
 révisions successives, 197.
 révolution, 46; 408.
 Royaume-Uni, 343.

Rwanda, 127; 118.

S

Salvador, 127; 128.
 sanction, 210; 216; 240; 352; 236.
 sanction du droit international, 345; 350.
sanctions des limites à la révision constitutionnelle, 371-713 .
 –*sanctions objectives*, 445-448.
 –*sanctions pénales proprement dites*, 407-412.
 –*sanctions personnelles*, 401-443 .
 –*sanctions préventives*, 377-400 .
 secret de la correspondance et des communications, 501.
 Sénatus-consulte fixant la Constitution de l'Empire du 21 mars 1, 126.
 sens d'un texte et son esprit, 361.
 sens profond du texte, 361.
 sentiment des juges constitutionnels d'être liés par les révisions constitutionnelles, 645.
 séparation des pouvoirs, 301, 356.
 Sicile (Statut spécial de la-), 495.
 signature de la proposition par un certain nombre des parlementaires, 127.
 société primitive, 350.
 solidarité, 294.
 source primaire du droit, 306.
 souverain populaire, 356.
 souveraineté « locale », 145.
 souveraineté de l'Etat, 39; 145, 300, 324.
 souveraineté de l'Europe, 145.
 souveraineté démocratique sans partage, 305.
 souveraineté du peuple, 38; 300; 301; 324.
 souveraineté et conception jusnaturaliste du droit, 42.
 souveraineté et la supraconstitutionnalité, 299.
 souveraineté nationale, 39; 299; 300; 301; 305; 309, 323; 324; 333.
 structure fédérale de l'Etat, 119.
 substance de la constitution, 31, 358.
 Suède, 128.
 Suisse, 127; 131; 133; 134; 355; 356; 360; 362.
 supériorité du droit international, 340.
 suppression de la république, 145.
supraconstitutionnalité, 287-310.
 –à l'état pur, 287, 294.
 –à la lettre, 287.
 –cachée, 287.
 –complète, 287.
 –incomplète, 287.
 –para-supraconstitutionnalité, 287.
 –*supraconstitutionnalité interne*, 287-337.

- supraconstitutionnalité externe*, 339-349.
- supraconstitutionnalité proprement dite*, 291-310.
- de certains droits fondamentaux, 295.
- de certains principes du droit naturel, 294.
- de la Déclaration de 1789, 297, 307.
- du principe de la souveraineté nationale, 299; 301; 309.
- et gouvernement des juges, 306.
- et Conseil constitutionnel, 306.
- et équilibre démocratique, 305.

sûreté intérieure de l'Etat, 408.
système normatif, 351.

T

Tchad, 130.
temps de guerre, 123.
tentatives de réviser la constitution par les moyens violents, 410; 412.
territoire, 148.
textes composant le bloc de constitutionnalité, 327.
théorie absolue de la justice, 307.
théorie des limitations matérielles, 42.
théorie du droit naturel, 243.
traité de Maastricht, 145; 299; 299; 333; 531; 549.
Trentin-Haut Adige (Statut spécial du–), 496.
trois délibérations, 128.

Turquie

- limites à la révision constitutionnelle*, 163-176.
- contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles*, 565-694.
 - sous la Constitution de 1961, 567-650.
 - avant 1971, 567-612.
 - jurisprudence de la Cour constitutionnelle, 569-612.
 - réglementation constitutionnelle, 567-569.
 - après 1971, 613-650.
 - jurisprudence de la Cour constitutionnelle, 615-650, 615.
 - réglementation constitutionnelle, 613-615.
 - sous la Constitution de 1982, 651-681.
 - jurisprudence de la Cour constitutionnelle, 667-681.
 - réglementation constitutionnelle, 651-667.
- abrogation de l'article transitoire 4, 667.
- conception mécaniste de la constitution, 691.

- Conseil supérieur des juges, 630.
- Conseil supérieur des procureurs, 633; 634.
- délai de recours en annulation, 662.
- durée de la détention provisoire, 619.
- esprit de la Constitution, 592.
- essence du droit de propriété, 627.
- Etat de droit, 632.
- examen du fond du point de vue de la forme, 627.
- examen en priorité, 665.
- expropriation, 624; 626; 629.
- idéologie normative des juges constitutionnels, 645.
- interdiction de délibérer les révisions constitutionnelles selon la procédure d'urgence, 654.
- interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat, 599.
- limites à la révision constitutionnelle, 163-176.
- loi constitutionnelle a été adoptée par le peuple à la suite d'un référendum, 655.
- loi constitutionnelle n°1188 du 6 novembre 1969, 570.
- loi constitutionnelle n°1488 du 20 septembre 1971, 613.
- loi constitutionnelle n°1699 du 15 mars 1973, 615.
- loi constitutionnelle n°3361 du 17 mai 1987, 667.
- nécessités de la civilisation contemporaine, 591; 593; 595.
- Parti démocrate, 572.
- procès de Yassiada, 570.
- publication et promulgation, 663.
- réaction du pouvoir de révision constitutionnelle, 683.
- report des élections du Sénat, 577.
- république (le mot–) dans son sens large, 649.
- respect de la majorité nécessaire à la proposition de la révision constitutionnelle, 653.
- restitution des droits politiques, 578.
- théorie réaliste de l'interprétation, 685.
- titulaires du droit de saisine, 661.
- tribunaux d'état de siège, 622.
- tribunaux de sûreté d'Etat, 620.
- tribunaux militaires, 621.
- valeur fiscale, 628.
- valeur réelle des biens expropriés, 627.

U

Union européenne, 142; 367.
 Union européenne et forme républicaine du
 gouvernement, 142.
 unitaire (caractère-) de l'Etat, 119.
 Uruguay, 127; 128.
 usurpateur de la souveraineté, 306.

V

*valeur juridique des limites à la révision
 constitutionnelle*, 179-277.
 valeur morale, 291.
validité axiologique, 243-250.
 validité comme appartenance, 256.
 validité comme efficacité, 250.
 validité comme valeur [justice], 243.
 validité de la norme fondamentale, 258.
 validité déontique, 242.
 validité des normes posées, 257.
 validité effective, 242.
 validité empirique, 242.
 validité factuelle, 242.
validité formelle, 256-261.
 validité internationale, 347; 349.
 validité interne, 347; 349.
validité juridique (notion de), 225-256.
validité matérielle, 250-256.
 validité *stricto sensu*, 242.
 validité systémique, 242.
 validité tout court, 242.
 Venezuela, 81, 135.
 veto (droit de-) en matière de révision
 constitutionnelle
 –du chef de l'Etat, 132.
 –absolu, 133.
 –suspensif, 132.
 –veto populaire, 134.
 vices flagrants de procédure, 382; 395; 397,
 398.
 vide juridique, 22; 48.
 –créé, 22.
 –déjà existant, 22.
 violation évidente du droit naturel, 295; 360.
 vote en termes identiques, 154.

[Page laissée intentionnellement vide]

TABLE DES MATIERES

Introduction générale	1
-----------------------------	---

Titre préliminaire **LE POUVOIR CONSTITUANT**

Chapitre 1 **LES NOTIONS GENERALES**

§ 1. La distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués	7
§ 2. La distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé	12
A. La conception formelle	15
1. Les origines doctrinales	16
a. Carré de Malberg	16
b. Georges Burdeau	19
c. Roger Bonnard	20
2. Les points sur lesquels le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé diffèrent	21
a. Les circonstances de leur exercice	22
b. Leur nature	24
c. Leur titulaire	24
d. Leur caractère limité ou illimité	25
e. Les modes de leur exercice	26
3. L'identité du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé du point de vue de leur fonction	27
B. La conception matérielle	29
1. Carl Schmitt	30
2. Olivier Beaud	32
C. Appréciation générale	33
1. Le choix entre ces deux conceptions	35
2. Notre définition du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé	44
3. La confusion entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé et la nécessité de les distinguer	50
4. Le rapport entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé	51
a. Du point de vue de leur organisation	51
b. Du point de vue de leur fonction	51
5. Le rapport entre le pouvoir constituant dérivé et les autres pouvoirs constitués	52
a. Du point de vue de leur organisation	52
b. Du point de vue de leur fonction	53

Chapitre 2 LES QUESTIONS PREALABLES

Section 1. – Le pouvoir constituant originaire est-il permanent ?	57
§ 1. Les thèses en présence.....	59
A. La thèse de la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire.....	60
1. Exposé.....	60
2. Les critiques adressées à cette thèse	63
B. La thèse de la disparition du pouvoir constituant originaire (la thèse la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué) .	69
1. Exposé.....	69
2. Les critiques adressées à cette thèse	73
C. La thèse de la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle	75
§ 2. L'appréciation générale de la question.....	77
A. La vérification de la thèse de la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire	79
B. La vérification de la thèse de la transformation du pouvoir constituant originaire en pouvoir constituant institué	79
C. La vérification de la thèse de la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant institué.....	81
 Section 2. – Le pouvoir constituant est-il limité ?	 85
§ 1. Le pouvoir constituant originaire est-il limité ?	87
A. La thèse selon laquelle le pouvoir constituant originaire est limité	87
B. La thèse selon laquelle le pouvoir constituant originaire est illimité	88
§ 2. Le pouvoir de révision constitutionnelle est-il limité ?.....	89
A. La thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle est illimité.....	89
1. Les arguments niant l'existence même du pouvoir de révision constitutionnelle	90
2. Les arguments niant la valeur juridique des limites à la révision constitutionnelle	90
B. La thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle est limité.....	92
1. Le fondement positiviste : la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par les limites inscrites dans la constitution	93
a. Raymond Carré de Malberg.....	93
b. Georges Burdeau (dans sa thèse de doctorat).....	95
2. Le fondement jusnaturaliste : la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par les limites non inscrites dans la constitution.....	98
a. Exposé.....	98
Maurice Hauriou.....	99
Georges Burdeau (dans son <i>Traité</i>).....	99
Carl Schmitt	101
Olivier Beaud.....	102
b. Critique.....	103
- Une question particulière : le pouvoir de révision est-il limité au cas où il est exercé directement par le peuple ?	107
Conclusion.....	111

Première partie
LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Titre 1

**LES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE INSCRITES
DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS**

Chapitre 1

L'INVENTAIRE DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE
INSCRITES DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS

Paragraphe unique. – La typologie générale des limites à la révision constitutionnelle inscrites dans les textes constitutionnels	117
A. Les limites matérielles.....	118
B. Les limites temporelles	120
1. L'interdiction de réviser la constitution avant l'écoulement d'un certain délai à partir de sa mise en vigueur.....	121
2. L'interdiction de réviser la constitution dans certaines circonstances	122
C. Les conditions de forme.....	123
1. L'initiative de la révision.....	126
2. L'élaboration de la révision.....	128
2. La ratification de la révision	131
a. La ratification par le chef de l'Etat : le veto du chef de l'Etat	132
b. La ratification par le peuple : le référendum constituant	133

Section 1. – Les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la Constitution française de 1958	137
§ 1. La limite matérielle : l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement ...	137
L'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement	138
1. L'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il la forme démocratique de la République française ?	138
2. L'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il la forme unitaire de la République française ?	144
3. L'alinéa 5 de l'article 89 protège-t-il l'existence même de la République française ?	144
§ 2. Les limites temporelles	147
A. L'interdiction de réviser la Constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire	148
B. L'interdiction de réviser la Constitution pendant l'intérim de la présidence de la République	149
C. La Constitution de 1958 interdit-elle sa révision lorsque l'article 16 est en application ?	149
§ 3. Les conditions de forme exigées dans la procédure de révision constitutionnelle	152
A. La procédure de l'article 85	152
B. La procédure de l'article 89.....	153
1. L'initiative.....	153
2. L'élaboration de la révision.....	154
3. L'approbation de la révision.....	155
4. La promulgation.....	158
C. La procédure contestée de l'article 11	158
1. L'initiative	160

2. Les opérations de référendum.....	161
3. La promulgation.....	161

Section 2. – Les limites à la révision constitutionnelle inscrites dans la Constitution turque de 1982	163
§ 1. Les limites matérielles.....	163
§ 2. Les limites temporelles	169
§ 3. Les conditions de forme exigées dans la procédure de révision constitutionnelle	169
A. La proposition.....	170
B. La délibération.....	170
C. L'adoption	171
D. La ratification.....	171

Chapitre 2

LA QUESTION DE LA VALEUR JURIDIQUE DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE INSCRITES DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS

Section 1. – Les données du débat doctrinal classique	179
--	------------

<i>Sous-section 1. – Les deux thèses classiques</i>	181
--	------------

§ 1. La thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle sont privées de toute valeur juridique	181
A. Exposé	181
B. Critique	185
§ 2. La thèse selon laquelle les limites à la révision constitutionnelle ont la valeur juridique	191

<i>Sous-section 2. – Les deux questions particulières</i>	197
--	------------

§ 1. Le pouvoir de révision constitutionnelle peut-il surmonter les limites à la révision constitutionnelle par les révisions successives ?	197
A. Les thèses en présence.....	197
1. La thèse selon laquelle le pouvoir de révision peut surmonter les limites à la révision constitutionnelle par les révisions successives	197
2. La thèse selon laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle ne peut pas surmonter les limites à la révision constitutionnelle par les révisions successives	199
B. L'Appréciation générale de la question.....	201
1. L'interdiction de réviser l'alinéa 5 par une règle auto-référentielle.....	202
2. L'interdiction de réviser l'alinéa 5 par une règle additionnelle	203
§ 2. Les limites à la révision constitutionnelle sont-elles sanctionnées ?	207
A. Les thèses en présence.....	207
1. La thèse de l'absence de sanction.....	207
2. La thèse de l'existence de sanction.....	208
B. L'Appréciation générale de la question.....	209
1. La question des normes non sanctionnées.....	209
a. La thèse selon laquelle il peut exister des normes non sanctionnées dans un ordre juridique.....	209
b. La thèse selon laquelle il ne pourrait pas y avoir de normes juridiques non sanctionnées	210

2. Les limites à la révision constitutionnelle sont-elles sanctionnées ?.....	212
a. La première solution.....	213
b. La deuxième solution	214
Le dilemme de la sanction	216
Section 2. – L'appréciation générale de la question	219
<i>Sous-section 1. – La notion de validité juridique</i>	225
§ 1. Les trois questions préliminaires	225
A. L'existence matérielle.....	225
B. La normativité	229
C. La juridicité	235
1. La recherche d'un critère de juridicité d'une norme	235
a. Le critère de sanction : la norme juridique est celle qui est sanctionnée	236
b. Le critère d'appartenance : la norme juridique est celle qui appartient à un ordre juridique	237
2. La recherche d'un critère de la juridicité d'un ordre normatif	237
§ 2. Les trois conceptions de la validité juridique	242
A. La validité axiologique (la validité comme valeur [justice]) : la théorie du droit naturel.....	243
B. La validité matérielle (la validité comme efficacité) : le réalisme juridique américain et scandinave	250
C. La validité formelle (la validité comme appartenance) : la théorie positiviste.....	256
<i>Sous-section 2. – Les conditions de la validité juridique des limites à la révision constitutionnelle</i>	261
§ 1. La condition <i>per quam</i>	267
§ 2. Les conditions <i>sine qua non</i>	268
A. L'efficacité de l'ordre juridique auquel appartiennent les limites à la révision constitutionnelle	268
B. Le minimum d'efficacité des limites à la révision constitutionnelle elles-mêmes	269
Conclusion.....	276

Titre 2

EXISTE-T-IL DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE NON INSCRITES DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNEL

Chapitre 1

LES THESES FAVORABLES A L'EXISTENCE DE NORMES SUPRACONSTITUTIONNELLES S'IMPOSANT A L'EXERCICE DU POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE

Section 1. – La supraconstitutionnalité interne.....	287
<i>Sous-section 1. – Les thèses favorables à l'existence de principes supraconstitutionnels proprement dits.....</i>	291
§ 1. Exposé.....	292

A. La thèse de la supraconstitutionnalité de certains principes du droit naturel.....	294
B. La thèse de la supraconstitutionnalité de certains droits fondamentaux	295
C. La thèse de la supraconstitutionnalité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (sous la III ^e République)	297
D. La thèse de la supraconstitutionnalité du principe de la souveraineté nationale	299
E. La thèse de l'existence de principes généraux du droit à valeur supraconstitutionnelle	301
F. La thèse de l'existence d'une coutume à valeur supraconstitutionnelle	302
§ 2. Critique.....	303
A. La critique générale	304
B. Les critiques particulières	306
1. La critique de la thèse de la supraconstitutionnalité de certains principes du droit naturel.....	306
2. La critique de la thèse de la supraconstitutionnalité des droits de l'homme	307
3. La critique de la thèse de la supraconstitutionnalité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sous la III ^e République.....	307
4. La critique de la thèse de la supraconstitutionnalité de la souveraineté nationale.....	309
5. La critique des thèses favorables à l'existence de principes généraux du droit à valeur supraconstitutionnelle.....	310
6. La critique des thèses favorables à l'existence d'une coutume à valeur supraconstitutionnelle	310
Conclusion : l'invalidité juridique des principes supraconstitutionnels.....	310

***Sous-section 2. – Les thèses favorables à l'existence d'une hiérarchie entre les
normes constitutionnelles***

§ 1. Exposé.....	313
A. Les thèses posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité	314
1. La thèse de la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le préambule de la Constitution de 1946	316
2. La thèse de la supériorité du préambule de la Constitution de 1946 sur la Déclaration de 1789	318
B. Les thèses posant une hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles.....	319
1. La thèse de la supériorité des dispositions constitutionnelles concernant le noyau dur des droits fondamentaux (la thèse de l'existence des droits fondamentaux de « premier rang »).....	319
2. La thèse de la supériorité des normes constitutionnelles relatives à la souveraineté nationale	323
§ 2. Critique.....	325
A. La critique des thèses posant une hiérarchie entre les textes composant le bloc de constitutionnalité	327
1. La critique générale.....	327
2. Les critiques particulières.....	328
a. La critique de la thèse de la supériorité de la Déclaration de 1789 sur le Préambule de 1946	328
b. La critique de la thèse de la primauté du préambule de la Constitution de 1946 sur la Déclaration de 1789.....	328
B. La critique des thèses posant une hiérarchie entre les différentes dispositions constitutionnelles.....	330

1. La critique générale.....	330
2. Les critiques particulières.....	330
a. La critique de la thèse de la supériorité des dispositions constitutionnelles concernant le noyau dur des droits fondamentaux (la thèse de l'existence des droits fondamentaux de premier rang)	330
b. La critique de la thèse de la supériorité des normes constitutionnelles relatives à la souveraineté nationale	333
Une note sur la question de la supériorité des dispositions intangibles de la constitution.....	334
Section 2. – La supraconstitutionnalité externe : la thèse de la supériorité des normes de droit international sur la constitution.....	339
§ 1. Exposé.....	340
§ 2. Critique.....	343
A. La réfutation des arguments théoriques.....	344
B. La réfutation des arguments pratiques.....	345
C. Les critiques adressées à l'existence même du droit international	349
Chapitre 2	
LES THESES DEDUISANT DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE DE L'ESPRIT DE LA CONSTITUTION	
§ 1. Exposé.....	354
§ 2. Critique.....	359
Conclusion du deuxième titre	365

Deuxième partie

LES SANCTIONS DES LIMITES A LA REVISION CONSTITUTIONNELLE

Titre 1

LES SANCTIONS AUTRES QUE LE CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

Chapitre 1

LES SANCTIONS PREVENTIVES

Section 1. – Le président de la République peut-il interrompre la procédure de révision constitutionnelle ?	377
1. Les irrégularités pour lesquelles le président de la République peut et doit interrompre la procédure de révision constitutionnelle.....	381
2. Les irrégularités pour lesquelles le président de la République ne peut pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle.....	382
Section 2. – Le président de la République peut-il refuser la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle contraire aux limites à la révision constitutionnelle ?	387
§ 1. En général.....	389
§ 2. En France.....	392

1. Les irrégularités pour lesquelles le président de la République peut et doit refuser de promulguer loi constitutionnelle397
2. Les irrégularités pour lesquelles le président de la République ne peut pas refuser la promulgation399

Chapitre 2 LES SANCTIONS REPRESSIVES

Section 1. – Les sanctions personnelles.....	403
<i>Sous-section 1. – Existe-t-il des sanctions pénales proprement dites des limites à la révision constitutionnelle ?</i>	<i>407</i>
<i>Sous-section 2. – La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle ?</i>	<i>413</i>
§ 1. La responsabilité du président de la République pour haute trahison en générale	413
§ 2. La responsabilité du président de la République pour haute trahison en cas d'édiction des lois constitutionnelles irrégulières.....	420
A. La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu à l'occasion de son pouvoir d'initiative de révision constitutionnelle ?.....	424
B. La responsabilité du président de la République pour Haute trahison peut-elle être mise en jeu à l'occasion de son pouvoir d'interrompre ou de ne pas interrompre la procédure de révision constitutionnelle ?.....	424
C. La responsabilité du président de la République pour haute trahison peut-elle être mise en jeu à l'occasion de son pouvoir de promulgation des lois constitutionnelles ?	429
D. Autres actes du président de la République pour lesquels la question de sa responsabilité pour haute trahison peut se poser.....	432
Conclusion.....	433
<i>Sous-section 3. – La responsabilité pénale des ministres peut-elle être mise en jeu en cas d'édiction des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle ?</i>	<i>437</i>
§ 1. La première condition.....	439
§ 2. La deuxième condition	441
Section 2. – Les sanctions objectives : la nullité et l'annulabilité	445

Titre 2 LE PROBLEME DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

Chapitre 1 CADRE THEORIQUE

- § 1. Le problème du contrôle de la Constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un système où il est réglementé par la constitution457
 - A. Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles lorsqu'il est prévu par la constitution.....457

B. Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles lorsqu'il est exclu par la constitution.....	458
§ 2. Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans un système où il n'est pas réglementé par la constitution.....	458
A. Lorsqu'il n'existe pas de contrôle de constitutionnalité	459
B. Lorsqu'il existe le contrôle de constitutionnalité	460
1. Lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré compétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles.....	461
2. Lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité s'est déjà déclaré incompétent pour se prononcer sur la validité des lois constitutionnelles.....	461
3. Lorsque l'organe chargé du contrôle de la constitutionnalité ne s'est pas encore prononcé sur ce point	462
Conclusion.....	462
Le fondement de la validité juridique des lois constitutionnelles contraires aux limites à la révision constitutionnelle	464
La signification des limites à la révision constitutionnelle en l'absence d'un contrôle de la Constitutionnalité des lois constitutionnelles	466

Chapitre 2 ETUDES DE CAS

Section 1. – La situation dans les grandes démocraties contemporaines.....	477
<i>Sous-section 1. – La situation aux Etats-Unis</i>	479
1. L'affaire <i>Hollingsworth v. Virginia</i> (1798).....	480
2. L'affaire <i>Myers v. Anderson</i> (1915)	481
3. Les <i>National Prohibition Cases</i> (1920)	481
4. L'affaire <i>Hawke v. Smith</i> (1920)	482
5. L'affaire <i>Dillon v. Gloss</i> (1921)	484
6. L'affaire <i>Leser v. Garnet</i> (1922)	485
7. L'affaire <i>United States v. Sprague</i> (1931)	486
8. L'affaire <i>Coleman v. Miller</i> (1939)	487
Conclusion.....	490
<i>Sous-section 2. – La situation dans les pays européens</i>	495
§ 1. La situation dans les pays dont les cours constitutionnelles se sont déjà déclarées compétentes pour statuer sur la constitutionnalité des lois constitutionnelles	499
A. <i>La situation en Allemagne</i>	499
1. La décision du 15 décembre 1970	501
2. La décision du 23 avril 1991	503
Appréciation générale	505
B. <i>La situation en Autriche</i>	512
1. La décision du 12 décembre 1952	515
2. La décision du 23 juin 1988.....	517
3. La décision du 29 septembre 1988.....	517
Appréciation générale	519

§ 2. <i>La situation en France</i>	523
A. La question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées par le peuple à la suite d'un référendum	525
1. La jurisprudence du Conseil constitutionnel	527
a. La décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, <i>Loi référendaire</i>	527
b. La décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, <i>Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne (Maastricht III)</i>	531
2. Les critiques adressées à cette jurisprudence.....	532
3. Appréciation de la question	538
B. La question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles votées par le Congrès du Parlement	546
1. La décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, <i>Traité sur l'Union européenne (Maastricht II)</i>	549
2. Les différentes interprétations doctrinales de cette décision	553
a. L'interprétation de cette décision comme refusant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles.....	553
b. L'interprétation comme admettant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles	556
3. Appréciation de la question	561
Section 2. – La situation en Turquie	565
<i>Sous-section 1. – Sous la Constitution de 1961</i>	567
§ 1. Avant 1971	567
A. La réglementation constitutionnelle	567
B. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle.....	569
1. Exposé.....	569
a. La décision n°1970-31 du 16 juin 1970, <i>Restitution des droits politiques</i>	570
b. La décision n° 1971-37 du 3 avril 1971, <i>Report des élections du Sénat</i>	577
2. Critique.....	581
a. La question de compétence	581
b. La question du contrôle de forme.....	584
c. La question du contrôle de fond	587
d. La question de savoir si la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux limites matérielles à la révision constitutionnelle non inscrites dans le texte de la Constitution	590
e. La question de savoir si la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des lois constitutionnelles aux limites matérielles à la révision constitutionnelle inscrites dans le texte de la Constitution	596
f. La question de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.....	599
Conclusion (Sous la Constitution de 1961 avant 1971).....	611
§ 2. Après 1971	613
A. La réglementation constitutionnelle	613
B. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle.....	615
1. Exposé.....	615
a. La décision n° 1975-87 du 15 avril 1975	615

L'article 1 ^{er} de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973.....	619
L'article 3 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973.....	620
L'article 4 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973.....	621
L'article 6 de la loi constitutionnelle du 15 mars 1973.....	622
b. La décision n° 1976-19 du 23 mars 1976, <i>Expropriation I</i>	624
c. La décision n° 1976-46 du 12 octobre 1976, <i>Expropriation II</i>	626
d. La décision n°1976-47 du 12 octobre 1976, <i>Expropriation III</i>	629
e. La décision n° 1977-4 du 27 janvier 1977, <i>Conseil supérieur des juges</i>	630
f. La décision n°1977-117 du 27 septembre 1977, <i>Conseil supérieur des procureurs</i>	633
2. Critique.....	635
a. La question du contrôle de fond	636
b. La question du contrôle de forme.....	636
c. La question de l'étendue du contrôle de forme	637
Les dispositions de l'article 155 sont-elles des règles de forme ?	637
L'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution est-elle une règle de forme ?.....	638
d. La question de l'étendue de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat prévue dans l'article 9 de la Constitution.....	648
Conclusion (Sous la Constitution de 1961 après 1971).....	649
Sous-section 2. – Sous la Constitution de 1982	651
§ 1. La réglementation constitutionnelle	651
A. La compétence de la Cour constitutionnelle : le contrôle de forme est prévu, mais le contrôle de fond est exclu (art.148, al.1)	652
B. L'étendue du contrôle de forme (art.148, al.2)	653
1. Le respect de la majorité nécessaire à la proposition de la révision constitutionnelle	653
2. Le respect des majorités nécessaires à l'adoption de la révision constitutionnelle	654
3. L'interdiction de délibérer les révisions constitutionnelles selon la procédure d'urgence	654
C. L'annulation des lois constitutionnelles ne peut être décidée qu'à la majorité des deux tiers des membres de la Cour constitutionnelle (art.149, al.1 ^{er}).....	656
D. Les autres dispositions de la Constitution de 1982 concernant le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles quant à la forme	660
1. L'exclusion du contrôle par voie d'exception (contrôle concret des normes)..	660
2. Les titulaires du droit de saisine : le président de la République et un cinquième des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie	661
3. Le délai de recours en annulation : 10 jours.....	662
4. L'examen en priorité.....	665
§ 2. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle.....	667
A. La décision n°1987-15 du 18 juin 1987, <i>Abrogation de l'article transitoire 4</i>	667
B. La critique de cette décision	670
§ 3. L'appréciation générale du problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans le système de la Constitution turque de 1982	675
A. Le fondement de la validité des lois constitutionnelles contraires aux limites matérielles à la révision constitutionnelle.....	677
B. La signification des limites matérielles à la révision constitutionnelle	679

Conclusion de la Section 2 : Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Turquie	683
A. La confirmation de la théorie réaliste de l'interprétation.....	685
B. La confirmation de la conception mécaniste de la constitution.....	691
Conclusion du Chapitre 2 : Observations comparatives	695
1. La réglementation constitutionnelle	695
2. La déclaration de compétence	696
3. La date de la première décision sur la validité d'une loi constitutionnelle	696
4. Le nombre de décisions	697
5. Le nombre des décisions d'annulation	698
6. L'étendue du contrôle (contrôle de forme / contrôle de fond).....	698
7. Les règles de référence : celles inscrites ou celles non inscrites dans le texte de la constitution.....	699
8. L'interprétation large ou restrictive	700
9. Les attitudes générales des juges constitutionnels : <i>judicial self restraint</i> / <i>judicial activism</i>	702
10. La réaction du pouvoir de révision constitutionnelle	704
11. Le modèle du contrôle de la constitutionnalité : le modèle « décentralisé » et le modèle « centralisé ».....	705
12. L'existence du contrôle concret des normes (voie d'exception).....	705
13. La possibilité de saisine de la cour constitutionnelle par les individus : le recours constitutionnel	706
14. La difficulté de la saisine dans la voie d'action.....	706
15. Conclusion : le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles est-il possible ?.....	708
<i>Tableau récapitulatif</i>	711
Conclusion générale	713
Bibliographie	729
Index de la jurisprudence étudiée	747
Index onomastique	749
Index thématique	753
Table des matières	757

* * *

ACHEVÉ D'IMPRIMER SUR LES PRESSES
DE L'.A.N.R.T.

Dépôt légal : Février 1997

[Page laissée intentionnellement vide]

[Page laissée intentionnellement vide]

[C'est la face intérieure de la quatrième de couverture]

Prix : 375 F.F